

Bürgerschaftliche Partizipation und Rechtsstaatsprinzip im Bereich der Überwachungsverwaltung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Werner Hanisch
Gerichtsreferendar
aus Frankenstein (Schlesien)

Marburg 1974

DRUCK VON BÄRENREITER IN KASSEL

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 7. Dezember 1973

Berichterstatter: Professor Dr. Schmitt Glaeser

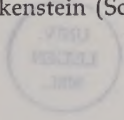
Mitberichterstatter: Professor Dr. Häberle

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 1974

Bürgerschaftliche Partizipation und Rechtsstaatsprinzip im Bereich der Überwachungsverwaltung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Werner Hanisch
Gerichtsreferendar
aus Frankenstein (Schlesien)



Marburg 1974



Meiner Frau

G l i e d e r u n g

	Seite
<u>1. Kapitel:</u>	Einleitung 1
1. Abschnitt:	Problemstellung und Problemein- grenzung 1
2. Abschnitt:	Gang der Untersuchung 15
<u>2. Kapitel:</u>	Grundsätzliche Ausführungen zu Überwachungsverwaltung, Parti- zipation und Rechtsstaat 15
1. Abschnitt:	Die Überwachungsverwaltung 15
A)	Zur Terminologie 15
B)	Die Aufgabe der Überwachungsver- waltung im Verhältnis von Bürger und Staat 20
C)	Das Instrumentarium der Überwa- chungsbehörden 27
2. Abschnitt:	Partizipation und Überwachungs- verwaltung 32
A)	Begriff und Wesen der Partizipation 32
B)	Partizipation in der Überwachungs- verwaltung - Bestandsaufnahme und Bestandsanalyse 46
3. Abschnitt:	Das Rechtsstaatsprinzip des Grund- gesetzes 52
A)	Das Rechtsstaatsprinzip des Grund- gesetzes 53
B)	Die Elemente des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips 62
<u>3. Kapitel:</u>	Partizipatives Entscheidungsverfahren als rechtsstaatsverwirklichendes Entscheidungsauswahlkriterium und Auswahllegitimation 66
1. Abschnitt:	Die Determination überwachungsbehörd- lichen Verwaltungshandelns und Darle- gung eines eigenen Lösungsweges 66
A)	Das Ausmaß der Determination hin- sichtlich der durch die unbestimm- ten Rechtsbegriffe festgelegten Handlungsvoraussetzungen 67
B)	Die Determination der Ermessensent- scheidungen 79
C)	Entwicklung eines eigenen Lösungs- weges 98

	Seite
2. Abschnitt: Rechtsstaatliche Partizipationsaussagen - Forderungen und Begrenzungen	109
A) Verfassungsrechtliche Aktualisierung, Interpretation oder verfassungspolitische Zielprojektion	109
B) Grundrechtliche Partizipationen	110
C) "Formale" Rechtsstaatselemente und Partizipation	136
D) Rechtsstaatliche Partizipationsbegrenzungen	155
E) Zusammenfassung der Partizipationsaussagen	164
3. Abschnitt: Verfahrensrechtliche Verwirklichung der Partizipationsprogramme	165
A) Verwaltungsorganisation und Entscheidungsfindung	165
B) Das Modell eines Entscheidungsfindungsverfahrens in der Überwachungsverwaltung unter Beteiligung des Betroffenen	182
C) Verfahrensfehler und gerichtliche Kontrolle von partizipativen Entscheidungen	194
<u>4. Kapitel:</u> Schluß und zusammenfassende Thesen	203

S c h r i f t t u m

(Die Unterstreichungen kennzeichnen die Zitate)

- N. Achterberg Probleme der Funktionenlehre,
Münchener öffentlich-rechtliche
Abhandlungen, Heft 5,
München, 1970.
- O. Bachof Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954),
S.37 ff.
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und
unbestimmter Rechtsbegriff,
JZ 1955, S.97 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG v.
18.8.1960, BVerwGE 11, 95 ff,
DVBl. 1961, S.128 ff.
- Die Dogmatik des Verwaltungsrechts
vor den Gegenwartsaufgaben der Ver-
waltung,
VVDStRL 30 (1972), S.193 ff.
- Anmerkung zu BVerwG v.16.12.1971,
BVerwGE 39, 197 ff, JZ 1972, S.204 ff.
- Neue Tendenzen in der Rechtsprechung
zum Ermessen und zum Beurteilungs-
spielraum. Zum Beschluß des Gemeinsa-
men Senats der obersten Gerichtshöfe
des Bundes v.17.10.1971, (JZ 1972,
S.655 ff), JZ 1972, S.641 ff.
- P.Badura Verwaltungsrecht im liberalen und
sozialen Rechtsstaat, Tübingen, 1966.
- Auftrag und Grenzen der Verwaltung im
sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968,
S.446 ff.
- Wirtschaftsverwaltungsrecht in:
Besonderes Verwaltungsrecht. Hrsg. von
Ingo von Münch, S.235 ff, 2.Auflage,
Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970.
- Die Verwaltung als soziales System,
Bemerkungen zu einer Theorie der Ver-
waltungswissenschaft von Niklas Luhmann,
DÖV 1970, S.18 ff.

- M. Baring Polizei- und Ordnungsrecht in der Praxis der Verwaltungsgerichte, DVBl.1957, S.843 ff.
- H.Barion Vorbesinnung über den Wohlfahrtsstaat, DÖV 1970, S.15 ff.
- R. Bartlsperger Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl.1967, S.360 ff.
Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl.1970, S.30 ff.
- E. Becker Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S.96 ff.
- F. Becker Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart und Brüssel, 1960.
- R. Behrendt Das rechtliche Gehör im deutschen und französischen Verwaltungsverfahren, Diss., Saarbrücken 1970.
- G. Beinhardt Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl.1961, S.608 ff.
- Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Inneren, hrsg. vom Bundesminister des Inneren, Bonn, 1960.
- P. Bernet und R Groß, Polizeirecht in Hessen, Loseblattsammlung, Stand: 1.3.1973, Wiesbaden-Dotzheim.
- K.A. Bettermann Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), S.118 ff.
Die Rechtsweggarantie des Art.19 IV GG in der Rspr des BVerfGs, AöR Bd.96 (1971), S.528 ff.
- E. Blankenburg und H.Treiber, Bürokraten als Politiker - Parlamentarier als Bürokraten. Empirie des Entscheidungsprozesses und der Gewaltenteilung, Die Verwaltung, 1972, S.273 ff.
- D. Blumenwitz Typische Konflikte zwischen Verwaltungsträgern und ihre Regelung im deutschen Verwaltungsrecht, AöR 96 (1971), S.161 ff.

- E.-W. Böckenförde Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für Adolf Arndt, S.53 ff, Frankfurt/Main, 1969.
- C. Böhret Entscheidungshilfen für die Regierung, Modelle, Instrumente, Probleme, Opladen, 1970.
- W. Bröll Entscheidungstheorie und Politik, Skizzierung einer Analyse zur Anerkennungsfra ge der DDR, Politische Vierteljahresschrift 1971, S.402 ff.
- W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts. aufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff.
- ohne Verfasser Der aktive Bürger, Utopie oder Wirklichkeit? Ein Cappenberger Gespräch, Köln, Berlin, 1971.
- P. Dagtoglou Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg, 1964.
- Anm. zum Urteil des VGH Kassel v. 29.5.1969, JZ 1971, S.257 ff.
- ohne Verfasser Datenschutz, Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung. Hrsg. von W.Kilian, K.Lenk und W.Steinmüller, Frankfurt/Main, 1973.
- Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.50, Berlin, 1972.
- E. Denninger Polizei in der freiheitlichen Demokratie, Frankfurt/Main u. Berlin, 1968.
- Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, S.145 ff.
- P. Dienel Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, zur Partizipation an Planungsprozessen, in: Der aktive Bürger, S.16 ff.
- Partizipation an Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung, Die Verwaltung, 1971, S.151 ff.

- D. Döpfert Die Belehrungspflicht der Polizei,
Die Polizei 1971, S.110 ff.
- B. Drews und G. Wacke, Allgemeines Polizeirecht -
Ordnungsrecht - Der Länder und des
Bundes, 7.Auflage, Berlin, Köln,
München, Bonn, 1961, Zit.: Drews-Wacke.
- G. Dürig Der Grundrechtssatz von der Menschen-
würde, AöR 81 (1956), S.117 ff.
und T.Maunz und R.Herzog, Kommentar
zum Grundgesetz, Loseblattsammlung,
Stand: Dez. 1973, München, Zit.:M-D-H.
- H. Ehmke "Ermessen" und "unbestimmter Rechts-
begriff" im Verwaltungsrecht,
Tübingen, 1960.
- T. Ellwein Politik - Regierung - Verwaltung,
Untersuchungen zum Regierungsprozeß
in der Bundesrepublik Deutschland,
Band 1: Einführung in die Regierungs-
und Verwaltungslehre,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966.
- K. Engisch Einführung in das juristische Denken,
5. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1971.
- ohne Verfasser Entwurf eines Verwaltungsgerichtsge-
setzes, Bd.40 der Schriftenreihe der
Hochschule Speyer, Berlin, 1969.
Entwurf eines Verwaltungsverfahrensges-
etzes, BT-Drucksache 7/910,
(Entwurf VwVfG 1973).
- G. Erbel Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten,
Ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften
VA mit besonderer Berücksichtigung des
Polizei- und Ordnungsrechts, speziell
auch des Bau- und Gewerberechts,
Frankfurt/Main, 1972.
- H.-U. Erichsen Unbestimmter Rechtsbegriff und Beur-
teilungsspielraum, VerwArch, Bd.63
(1972), S.337 ff.
- J. Esser Grundsatz und Norm in der richterli-
chen Fortbildung des Privatrechts -
Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechts-
quellen- und Interpretationslehre,
2. Aufl., Tübingen 1964.

- J. Esser Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Durchgesehene und ergänzte Ausgabe, Frankfurt/Main, 1972.
- E. Eyermann und L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Kommentar, 5. Aufl., 1971, München.
- L. Fröhler, R.v.Landmann und G.Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar (GewO), 1. Band, Loseblattsammlung, Stand: Anfang 1969, München.
- ohne Verfasser Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München, 1972.
- E. Forsthoff Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S.8 ff.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil (VwR), 10. Auflage, München, 1973.
- Der Staat der Industriegesellschaft, München, 1971.
- K.H. Friauf Baurecht und Raumordnung, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Hrsg. von Ingo von Münch, S.365 ff.,
2. Aufl., Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970.
- Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Hrsg. von Ingo von Münch, S.139 ff, 2. Aufl., Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970.
- Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl.1971, S.674 ff.
- L. Fröhler und E. Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar (VwGO), 5.Aufl., München, 1971.
- R.v. Landmann, G. Rohmer und E.Eyermann, Gewerbeordnung, Kommentar (GewO), 1. Band, Loseblattsammlung, Stand: Anfang 1969, München.
- H.-U. Gallwas Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, Berlin, 1970.

- ohne Verfasser Gedenkschrift für Max Imboden,
Der Staat als Aufgabe,
Basel und Stuttgart, 1972.
- V. Götz Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht,
2.Aufl., Göttingen, 1973.
- R.R. Grauhan Politische Verwaltung. Auswahl und
Stellung der Oberbürgermeister als
Verwaltungschefs deutscher Großstädte,
Freiburg i.Breisgau, 1970.
- K. v.d.Groeben und H.J.Knack, Allgemeines Verwaltungs-
gesetz für das Land Schleswig-Holstein,
LVerwG Schl.-H.,
Köln, Berlin, Bonn, München, 1968.
- R. Groß und P. Bernet, Polizeirecht in Hessen,
Loseblattsammlung, Stand: 1.3.1973,
Wiesbaden-Dotzheim.
- ohne Verfasser Die Grundrechte, Handbuch der Theorie
und Praxis der Grundrechte, Hrsg. von
F. Neumann, H.C. Nipperdey und Ulrich
Scheuner, 2.Aufl., 2.Bd., Berlin, 1968.
- J. Habermas Strukturwandel der Öffentlichkeit,
Untersuchungen zu einer Kategorie der
bürgerlichen Gesellschaft, 4. Aufl.,
Neuwied und Berlin, 1969.
- P. Häberle Öffentliches Interesse als juristisches
Problem, Bad Homburg v.d.H., 1970.
- Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19
Abs.2 Grundgesetz, 2.Aufl.,
Karlsruhe, 1972.
- "Gemeinwohljudikatur" und Bundesver-
fassungsgericht. Öffentliche Interes-
sen, Wohl der Allgemeinheit in der
Rechtsprechung des BVerfGs,
AöR 95 (1970), S.86 ff, 260 ff.
- Grundrechte im Leistungsstaat,
VVDStRL 30 (1972), S.43 ff.
- H. Harnischfeger Planung in der sozialstaatlichen
Demokratie, Neuwied - Berlin, 1969.
- O. Haußleiter Verwaltungssoziologie, Schriftenreihe
Politik und Verwaltung, Heft 9,
Baden-Baden, 1969.

- W. Henke Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl.1964, S.649 ff.
- R. Herzog Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/Main, 1971.
und T. Maunz und G. Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Dez.1973, zitiert: M-D-H, München.
- K. Hesse Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968.
Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Karlsruhe, 1973.
- P. Hoffmann und N. Patellis: Demokratie als Nebenprodukt, Versuch einer öffentlichen Planung. - München, 1971.
- W. Hoffmann - Riem "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverur-sachung" im Polizeirecht, in: Verfassung, Verwaltung, Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag. Köln-Marienburg, 1972.
- H. Huber Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, S.191 ff, Basel und Stuttgart, 1972.
- K.J. Ihle Der verwaltungsrechtliche Vertrag aus entscheidungstheoretischer Sicht, Diss., Köln, 1972.
- M. Imboden Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel und Stuttgart, 1971.
- ohne Verfasser Das juristische Informationssystem - Analysen, Planung, Vorschläge, Bericht an den BMindJ, Karlsruhe, 1972.
- D. Jesch Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S.163 ff.

- G. Joerger Bürger und Verwaltung, Anmerkung zu einem spannungsgeladenen Verhältnis, Ba.-Wü.VBl.1972, S.33 ff.
- H. Jung Akteneinsicht - und Informationsrechte des Bürgers, Diss., Berlin 1970.
- W. Kägi Zur Entwicklung des Schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, Rückblick und Ausblick, in: Hundert Jahre schweizerisches Recht, S.173 ff, Basel, 1952.
- D. Keidel Polizei und Polizeigewalt im Notstandsfall, Berlin, 1973.
- H. Kern Die Schutzfunktion der Verwaltung. Diss., Würzburg 1971.
- W. Kirsch Entscheidungsprozesse, Bd.1 Verhaltenswissenschaftliche Ansätze der Entscheidungstheorie, Bd.2 Informationsverarbeitungstheorie, Bd.3 Entscheidungen in Organisationen, Wiesbaden 1970, 1971.
- F. Klein und H.v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage., Berlin und Frankfurt/Main, 1957.
- H.H.Klein Die Grundrechte im demokratischen Staat, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1972.
- H.J. Knack und K.v.d.Groeben, Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (LVerwG Schl.-H.), Köln, Berlin, Bonn, München, 1968.
- H.G. König Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl.1959, S.189 ff.
- Rechtsansprüche auf Einschreiten der Behörde, BayVBl.1969, S.45 ff.
- K. König Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.46, Berlin, 1970.
- Verwaltungsreform und Demokratiediskussion, in: Demokratie und Verwaltung, S.271 ff.
- F. Kopp Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Bd.15, München, 1971.

- P.H. Krämer Die bürgerschaftliche Selbstverwaltung unter den Notwendigkeiten des egalitären Sozialstaats, Berlin, 1970.
- P. Krause Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwArch, Bd.61 (1970), S.297 ff.
- R. v.Krauss Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg, 1955.
- K. Krieger Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft, Berlin, 1972.
- H. Krollmann Das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 3. Aufl., Stuttgart, 1972.
- E. Kube Zur Notwendigkeit der Demokratisierung der Bebauungsplanung im ländlichen Bereich, DÖV 1972, S.118 ff.
- R. Kunze Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff.
- A. Kuttler Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, S.211 ff, Basel und Stuttgart, 1972.
- R. v.Landmann Rohmer, E.Eyermann und L.Fröhler, Gewerbeordnung, Kommentar (GewO), 1. Band, Loseblattsammlung, Stand: Anfang 1969, München.
- H.-W. Laubinger Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, Gedanken zur behördlichen Betreuungspflicht, in: Demokratie und Verwaltung, S.439 ff.
- F. Lauxmann Die kranke Hierarchie, Stuttgart, 1971.
- W. Leisner Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn - Bad Godesberg, 1970.
- P. Lerche Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln, Berlin, München, Bonn, 1961.
- Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP, Bd.78 (1965), S.1 ff.

- H.H. Lohmann Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, Berlin, 1972.
- D. Lorenz Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München, 1973.
- W. Loschelder Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl.1957, S.819 ff.
- N. Luhmann Legitimation durch Verfahren, Neuwied am Rhein, Berlin, 1969.
- Politische Planung, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, Opladen, 1971.
- Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 2.Aufl., Opladen, 1971.
- Grundbegriffliche Probleme einer interdisziplinären Entscheidungstheorie, Die Verwaltung, 1971, S.470 ff.
- Politikbegriffe und die Politisierung der Verwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, S.211 ff.
- B. Lutterbeck Entscheidungstheoretische Bemerkungen zum Gewaltenteilungsprinzip. Zur Problematik parlamentarischer Informationsrechte im Datenschutzrecht, in: Datenschutz, S.187 ff.
- ohne Verfasser Mängel im Verhältnis von Bürger und Staat, Verwaltungswissenschaftliche Abhandlungen, hrsg. von Werner Thieme, Bd.5, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970.
- H. v.Mangoldt Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt/Main, 1953.
- und F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main, 1957.
- W. Martens Öffentlich als Rechtsprinzip, Bad Homburg v.d.H., 1969.
- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff.

- T. Maunz und G. Dürig und R. Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Dez. 1973, zit.: M-D-H, München.
- F. Mayer Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, Berlin, 1963.
Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, 1972.
- R. Mayntz Funktionen der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung, S.341 ff.
- E. Melichor Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), S.183 ff.
- C.F. Menger Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl.1960, S.297 ff.
Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner GG, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.42 ff.
- ohne Verfasser Der beschäftigte Mensch, Beiträge zur sozialen und politischen Partizipation, hrsg. von Gisela Zimpel, München, 1970.
- F. Morstein Marx Einführung in die Bürokratie, Eine vergleichende Untersuchung über das Beamtentum, Neuwied, 1959.
Das Dilemma des Verwaltungsmannes, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.26, Berlin, 1965.
- H.-J. Mühlhoff Verwaltungslehre, Verwaltungsführung und Operations Research, Die Bedeutung der Operations-Research Techniken für den Entscheidungsprozeß in der Verwaltung, Diss., Hamburg, 1971.
- F.-H. Müller Das Baurecht in Hessen, Loseblattsammlung, Stand: Mai 1973, Stuttgart, München, Hannover.
- H.-J. Müller Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DOV 1969, S.119 ff.
- K. Müller-Heidelberg und H.W.Clauss, Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2.Aufl., Hannover, 1956.

- G. Muncke Zur Demokratisierung des kommunalpolitischen Planungs- und Entscheidungsprozesses, Zeitschrift für Parlamentsfragen, 1972, S.230 ff.
- ohne Verfasser Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EwVerfG 1963), 2. Aufl., mit Anhang Münchener Fassung, Köln und Berlin, 1968.
- A. v. Mutius Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, Berlin, 1969.
- A. Nagel Leistungsfähige Entscheidungen in Politik und Verwaltung durch Systemanalyse, Berlin, 1971.
- F. Naschold Systemsteuerung, in: Narr-Naschold, Einführung in die moderne politische Theorie, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1971.
- H. v. Olshausen Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung - BVerwGE 39, 197, JuS 1973, S.217 ff.
- F. Ossenbühl Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S.618 ff.
- Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, S.84 ff.
- Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, zu BVerwG v. 16.12.71, (DÖV 72, 419 ff), DÖV 1972, 401 ff.
- Ohne Verfasser Partizipation - Aspekte politischer Kultur, Reihe "Offene Welt" Nr.101/1970, Opladen, 1970.
- N. Patellis Demokratie als Nebenprodukt, Versuch einer öffentlichen Planung, München, 1971.
- J. Pipkorn Auskunftsansprüche gegenüber Verwaltungsbehörden, DÖV 1970, S.171 ff.
- Auskunftspflichten der daseinsvorsorgenden Verwaltungsbehörden, Diss., München, 1968.

- O. Rammstedt Partizipation und Demokratie,
Zeitschrift für Politik, NF Bd.XVII
(1970), S.343 ff.
- E. Rasch und H. Ule, Allgemeines Polizei- und
Ordnungsrecht, in: M.V.Brauchitsch,
Verwaltungsgesetze des Bundes und der
Länder, Band III, 1.Halbband,
Köln, Berlin, Bonn, München, 1965,
zit.: Ule-Rasch.
- ohne Verfasser Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaat-
lichkeit, Aufsätze und Essays,
Hrsg. von E.Forsthooff, Darmstadt, 1968.
- K. Redeker Sozialstaatliche Gestaltung und rechts-
staatliche Bindung,
DVBl.1971, S.369 ff.
- Fragen der Kontrollrechte verwaltungs-
gerichtlicher Rechtsprechung,
DÖV 1971, S.757 ff.
- Bürger und Anwalt im Spannungsfeld
von Sozialstaat und Rechtsstaat
(Festvortrag bei Eröffnung des 37.
Deutschen Anwaltstages in Hamburg am
1.6.1973), NJW 1973, S.1153 ff.
- H. Reiff und G. Wöhrle, Kommentar zum Polizei-
gesetz für Baden-Württemberg, 2.Aufl.,
Stuttgart, 1971.
- H. Reineremann Zur Bedeutung der Systemanalyse bei
Einführung der Systemanalyse im Regie-
rungs- und Verwaltungsbereich,
VerwArch Bd.62 (1971), S.251 ff.
- G. Renkl Der Anspruch auf rechtliches Gehör im
Verwaltungsverfahren, Diss., Mannheim,
1971.
- F. Rietdorf Gesetz über Aufbau und Befugnisse der
Ordnungsbehörden,
Stuttgart, München, Hannover, 1957.
- und Heise, Böckenförde und Strehlau,
Handbuch des Ordnungs- und Polizei-
rechts, Köln, 1970.
- G. Rohmer E.Eyermann, L.Fröhler und R.v.Landmann,
Gewerbeordnung, Kommentar (GewO),
1. Band, Loseblattsammlung,
Stand: Anfang 1969, München.
- F. Ronneberger Verwaltung und Öffentlichkeit, Eine
sozialwissenschaftliche Untersuchung
über Verwaltungsreform und soziales
Verhalten in NW, Essen, 1970.

Hans H. Rupp

Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.15, Tübingen, 1965.

Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, S.1273 ff.

Nochmals: Zur Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, ZRP 1971, S.233 f.

Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, S.611 ff.

H. Ryffel

Der demokratische Gedanke im politischen und im sozialen Bereich, in: Demokratie und Verwaltung, S.191 ff.

R. Schaeder

Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft, in: Demokratie und Verwaltung, S.159 ff.

H. Schäfer

Moderne Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DVBl.1972, S.405 ff.

B. Schäfers

Planung und Öffentlichkeit, 3 soziologische Fallstudien: Kommunale Neugliederung, Flurbereinigung, Bauleitplanung, Düsseldorf, 1970.

F. Scharpf

Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen, 1970.

Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanzer Universitätsreden, Bd.25, Konstanz, 1970.

Planung als politischer Prozeß, Die Verwaltung 1971, S.1 ff.

Komplexität als Schranke der politischen Planung, PVS, Sonderheft 4, 1972, S.168 ff.

B. Scheer

Allgemeines Polizeirecht und Ordnungsrecht im Lande Niedersachsen, Hamburg, 1962.

Allgemeines Polizeirecht und Ordnungsrecht im Lande Hessen, Hamburg, 1967.

W. Scheerbarth

Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2.Aufl., Köln, 1966.

- U. Scheuner Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd.II, S.229 ff, Karlsruhe, 1960.
- Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1968, S.585 ff.
- Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95 (1970), S.353 ff.
- Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 1971, S.505 ff.
- R. Schiedermaier Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin, 1961.
- G. Schlez Bauverwaltungsverfahren, Verwaltungsreform, Beteiligung der Bürger an der Verwaltung, Ba-WüVBl.1971, S.53 ff, 71 ff.
- H.-P. Schmatz Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, Berlin, 1966.
- W. Schmidt Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur "Selbstbindung der Verwaltung", Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969.
- Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), S.321 ff.
- G. Schmidt-Eichstädt Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR Bd.98 (1973), S.173 ff.
- J. Schmidt-Salzer Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin, 1968.
- W. Schmitt Glaeser Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart, München, Hannover, 1970.
- Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, Bad Homburg v.d.H., Zürich, Berlin, 1968.
- Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 97 (1972), S.60 ff, 276 ff.

- W. Schmitt Glaeser Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff.
Partizipation im öffentlichen Dienst, DÖV 1974, 152 ff.
- F.E. Schnapp Anmerkung zum Urteil des VG Saarlouis v.12.12.1968, DVBl.1969, S.595 ff, 596 ff.
- E.E. Schneider Hessisches Polizeigesetz, 2. Aufl., Wiesbaden, 1963.
- W. Schreiber Das Sozialstaatsprinzip des GG in der Praxis der Rechtsprechung, Berlin, 1972.
- H. Scupin Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2.Band, S.606 ff, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1957.
- H. Sandler Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz, AöR 94 (1969), S.130 ff.
- S. Simitis Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, Karlsruhe, 1970.
- H.A. Simon Das Verwaltungshandeln, (Autorisierte Übersetzung von Herbert A. Simon, Administrative Behaviour, New York, 1948) Stuttgart, 1955.
- ohne Verfasser Skeffington Report, People and Planning. Report of the Committee on Public Participation on Planning. Hrsg.: Ministry of Housing and Local Government, London, 1969.
- H. Spanner Der Regierungsentwurf eines Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1970, S.671 ff.
- ohne Verfasser Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drsks., VI/1173, AnwBl.1971, S.168 ff.
- R. Stich Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, S.355 ff.

- ohne Verfasser Systemanalyse in Regierung und Verwaltung, Hrsg. v. Helmut Krauch, Freiburg i.Br., 1972.
- W. Thieme Partizipation - Demokratie - Bürokratie, Vierteljahreshefte der Rechts- und Verwaltungspolitik 1972, S.68 ff.
- Verwaltungslehre, 2.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1967.
- H. Treiber und E. Blankenburg, Bürokraten als Politiker - Parlamentarier als Bürokraten. Empirie des Entscheidungsprozesses und der Gewaltenteilung, Die Verwaltung 1972, S.273 ff.
- C.H. Ule Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Jellinek, S.309 ff, München, 1955.
- Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des BVerwGs, DVBl.1963, S.475 ff.
- und E. Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: M.V.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band III, 1.Halbband, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965, zit.: Ule-Rasch.
- Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug, in: Recht im Wandel. Festschrift 150 Jahre Carl Heymann Verlag, S.53 ff, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965.
- Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245.
- Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, Zur Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts, VerwArch Bd.62 (1971), S.114.
- Zur Verpflichtungsklage im Umweltschutzrecht, BB 1972, S.1076 ff.
- Streik und Polizei, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972.
- G.-C. v.Unruh Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl.1971, S.469 ff.

- G.-C. v.Unruh Grundlagen und Grenzen polizeilicher Vollzugsmaßnahmen, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, S.281 ff.
- ohne Verfasser Verwaltung, Eine einführende Darstellung, hrsg. von Fritz Morstein Marx, Berlin, 1965.
- K. Vogel Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), S.125 ff.
- G. Wacke und B. Drews, Allgemeines Polizeirecht: - Ordnungsrecht - Der Länder und des Bundes, 7.Aufl., Berlin, Köln, München, Bonn, 1961, zit.: Drews-Wacke.
- F. Wagener Teilhabe Betroffener bei Planungsvorgängen am Beispiel des Nordrhein-Westfalen-Programms 1972, Politische Vierteljahresschrift 1972, Sonderheft 4, S.95 ff.
- D. Weiss Strukturierung iterativer Entscheidungsprozesse bei öffentlichen Planungsvorhaben, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff.
- C. Wellhöfer Das Übermaßverbot im Verwaltungsrecht, Diss., Würzburg, 1971.
- H. Wiethaup Einsichtnahme in Behördenakten außerhalb eines Verwaltungsgerichtsverfahrens, MDR 1958, S.474 ff.
- Die Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln, Berlin, München, Bonn, 1961.
- Schutz vor Luftverunreinigungen, Geräuschen und Erschütterungen, 2Aufl., Herne, Berlin, 1970.
- L. Wildhaber Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Imboden, S.371 ff, Basel, 1972.
- H. Windsheimer Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art.5 Abs.1 GG, Berlin, 1968.
- P. Wittig Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, S.817 ff.

- W. Wittkämper Die Teilnahme Betroffener bei Planungsvorgängen - Ressourcenplanung, in: Politische Vierteljahresschrift 1972, Sonderheft 4, S.111 ff.
- G. Wöhrl und H. Reiff, Kommentar zum Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 2.Aufl., Stuttgart, 1971.
- H.J.Wolff Verwaltungsrecht I, 8.Aufl., München, 1971, zit.: VwR I.
- Verwaltungsrecht III, 3.Aufl., München, 1973, zit.: VwR III.
- R. Zippelius Einführung in die juristische Methodenlehre, München, 1971.

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung
BauR	Baurecht
Ba-Wü PG	Baden-Württembergisches Polizeigesetz
Ba-Wü VBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
Bay VerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bay VBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
Bay VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bay VGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Neue Folge)
BB	Der Betriebsberater
BBauBl.	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
BFernStrG	Bundesfernstraßengesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGSG	Bundesgrenzschutzgesetz
BMindJ	Bundesminister der Justiz
Bln PolG	Berliner Polizeigesetz
Bln PVG	Berliner Polizeiverwaltungsgesetz
BR-Drcks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrats
Bre PG	Bremisches Polizeigesetz
Bre PVG	Bremisches Polizeiverwaltungsgesetz
Bre VwVerfG	Bremisches Verwaltungsverfahrensgesetz

BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
C-E-I-R -GmbH	Corporation for Economic and Industrial Research
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSWR	Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für die Praxis der EDV
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	Entscheidungssammlung der Verwaltungsgerichtshöfe Hessen und Rheinland-Pfalz
EVwVerfG	Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
FamRZ	Zeitschrift für Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GG	Grundgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
Hess BauO	Hessische Bauordnung
Hess SOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
Hess UZwG	Hessisches Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges
Hess VwVG	Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Hmb SOG	Hamburgisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
Hmb VwVG	Hamburgisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Hrsg,	Herausgeber

J.ö.R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOV	Kriegsopferversorgung
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LVerwG Schl-H	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstei
NDBZ	Neue Deutsche Beamten Zeitung
Nds SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW OBG	Nordrheinwestfälisches Ordnungsbehörden- gesetz
NRW PolG	Nordrheinwestfälisches Polizeigesetz
NRW VwVG	Nordrheinwestfälisches Verwaltungs- vollstreckungsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
OLG	Oberlandesgericht
OVD	Öffentliche Verwaltung und Datenver- arbeitung
o.V.	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsge- richte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Nieder- sachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg und des Verfassungsgerichts- hofs für das Land Nordrhein-Westfalen
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
Pr PVG	Preußisches Verwaltungsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rdnr.	Randnummer
Rhpf PVG	Rheinland-Pfälzisches Polizeiverwal- tungsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
SGb	Sozialgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
StGH	Staatsgerichtshof

SZ	Süddeutsche Zeitung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VRS	Verkehrsrechtsammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

1. Kapitel: Einleitung

1. Abschnitt: Problemstellung und Problemeingrenzung

Partizipation als Kristallisationswort des Wunsches nach Teilhabe an staatlicher Macht, wächst sich zu einer Art Zauberformel aus. Mit dem Wunsch nach mehr Partizipation sind Hoffnungen und Erwartungen von geradezu überwältigender Spannweite verbunden.¹⁾ Dies gilt insbesondere für die hier allein zu behandelnde "bürgerschaftliche Partizipation" (Schmitt Glaeser). Insbesondere im Bereich der gestaltenden Verwaltung verspricht man sich von Partizipation mehr konfliktschlichtenden Konsens, einen verbesserten, weil vorgezogenen Rechtsschutz und eine Steigerung der Effizienz und der Effektivität des Verwaltungshandelns durch stärkere Konkretisierung des Gemeinwohls. Darüber ist viel geschrieben worden.²⁾

-
- 1) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff(181 f).
 - 2) Die Literatur ist hier kaum mehr zu übersehen; das Thema war nunmehr auch Gegenstand der Tagung der Staatsrechtslehrer 1972, vgl. Walter und Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.147 ff, bzw. 179 ff; vgl. ferner: Becker, Zur Veränderung der Struktur der Verwaltung, Die Verwaltung, 1970, S.389 ff; Damkowski, Die Planung unserer Städte. Überlegungen zu den Formen, Zielen und Grundproblemen der Stadtplanung in der Bundesrepublik, DÖV 1972, 82 ff; Dienel, Partizipation an Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung, Die Verwaltung, 1971, 151 ff; ders., Techniken bürgerschaftlicher Beteiligung an Planungsprozessen, in: Partizipation, S.144 ff; ders., Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, Zur Partizipation an Planungsprozessen, in: Der aktive Bürger, S.16 ff; Dittberner, Bürgerinitiative als partielles Partizipationsbegehren, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1973, 194 ff; Grauhan, Zur Teilhabe Betroffener an der Stadtentwicklungsplanung, in: PVS, Sonderheft 4/1972, S.84 ff; Harnischfeger, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1969; Klages, Planungspolitik, 1971; Kuttler, Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Imboden, 1972, S.211 ff; v.Lindsay, Bürokratische Distanz und Partizipation, Stadtbauwelt 1971, 222 f; Lompe, Gesellschaftspolitik und Planung, Probleme politischer Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1971; Mayntz, Funktionen der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung, S.340 ff;

Neben dieser Partizipation im Bereich der gestaltenden Verwaltung ist die im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung unbeachtet geblieben und literarisch noch nicht erschlossen. Dies mag vor allem darauf zurückzuführen sein, daß dieser Bereich bislang noch nicht als

noch 2) Oberndorfer, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in Österreich, DÖV 1972, 529 ff (536) m.w.N.; Pflaumer, Öffentlichkeit und Verwaltung in einem demokratischen Planungsprozeß, 1970; Riedl, Mitwirkung der Bürger an der städtebaulichen Planung, Städtetag 1973, 207 ff; Schäfers, Planung und Öffentlichkeit, 1970; ders., Partizipationschancen nach dem Städtebauförderungsgesetz, Stadtbauwelt 1971, 201 ff; Scharpf, Komplexität als Schranke der politischen Planung, PVS, Sonderheft 4/1972, S.168 ff; ders., Planung als politischer Prozeß, Die Verwaltung 1971, 1 ff; Ministry of Housing and Local Government (Hrsg.), People and Planning, Report of the Committee on Public Participation in Planning, London 1969 (Skeffington Report); Städtebaubericht 1970 der Bundesregierung, BT-Drucks., VI/1497, z.B. S.50; Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, S.355 ff; Wagener, Teilhabe Betroffener bei Planungsvorgängen am Beispiel des Nordrhein-Westfalen-Programms 1975, PVS, Sonderheft 4/1972, S.95 ff; Wittkämper, Die Teilnahme Betroffener bei Planungsvorgängen. Ressourcenplanung, PVS, Sonderheft 4/1972, S.111 ff; Die Sachnähe von Planung und kommunaler Selbstverwaltung wird besonders deutlich bei Joachim J. Hesse, Zielvorstellungen und Zielfindungsprozesse im Bereich der Stadtentwicklung, Archiv für Kommunalwissenschaften 1971, 26 ff; Muncke, Kommunalpolitische Planungs- und Entscheidungsprozesse, Zs. für Parlamentsfragen 1972, 230 ff; Pankoke, Kommunale Beteiligung als Problem der Verwaltungsorganisation, Die Verwaltung, 1971, 395 ff; Schnur, Politische Entscheidungen und räumliche Interessen, Die Verwaltung 1970, 257 ff; Die Literaturfülle kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß es noch nicht gelungen ist, ein praktikables Konzept zu finden, vgl. Becker, Zur Veränderung der Struktur der Verwaltung, Die Verwaltung 1970, 389 ff; Kaiser, Planung II, S.15 ff; Naschold, Demokratie und Komplexität, PVS, 1968, 494 ff; kritisch auch: Wittkämper, aaO., S.122 f; Eine z.T. bewußt polemisch gehaltene "Abrechnung" mit der Planungsliteratur stellt die kritische Abhandlung von Blümel dar, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung, in: Forsthoff-Festschrift 1972 S.9 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Anm. 16 und 71.

"partizipationsoffen"³⁾ erkannt wurde. Tatsächlich aber sind Formen bürgerschaftlicher Teilhabe auch in der Eingriffsverwaltung nicht unbekannt, wie z.B. die in § 41 Abs.2 Satz 3 pr. PVG enthaltene Abwendungsbefugnis zeigt⁴⁾: Dieser Befund wird noch durch die einfachgesetzliche Bestandsaufnahme bestätigt und verstärkt. Daß die Partizipation auch im Bereich der herkömmlichen Eingriffsverwaltung von erheblicher Bedeutung ist, soll

-
- 3) Bullinger, VVDStRL 31 (1973) S.267 f; ähnliche Andeutungen auch bei Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff (238). Vgl. auch Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (154), der meint, daß die Problemlösungsprozesse in den verschiedenen Bereichen auch in unterschiedlichem Maße partizipationsgeeignet sind. Auch Ryffel, Der demokratische Gedanke im politischen und im sozialen Bereich, in: Demokratie und Verwaltung, S.191 ff erklärt sich für eine differenzierte Anwendbarkeit des demokratischen Prinzips (S. 198) und stellt vor allem auf die Sachanforderungen ab (S. 199). Ebenso Geiger, Das Demokratieverständnis des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, S. 229 ff (S. 242 f). Vgl. dazu auch Scharpf, Demokratietheorie, S. 63 ff. Die Erkenntnis, daß Entscheidungstypen in unterschiedlicher Weise partizipationsgeeignet sind, ist zumindest entscheidungstheoretisch schon längst erarbeitet, vgl. Nascholds Differenzierungen der Entscheidungen von Routine- bis Innovationsentscheidungen, in: Organisation und Demokratie, 2.Aufl., 1971, S. 59 ff; 62 ff; Eine Differenzierung kann aber nur problembezogen vorgenommen werden und sie ist nicht grundsätzlich identisch mit der Trennung verschiedener Verwaltungsgebiete, denn Kompetenzverteilungen geben nur Auskunft über den Bereich, in dem Entscheidungen zu treffen sind, nicht aber über die Art und Weise des Entscheidungsvorgangs; nur diese aber betrifft die Teilhabe.
- 4) Danach hat die Verwaltung dem Betroffenen auf Antrag zu gestatten, ein anderes als in der Verfügung genanntes Mittel zur Beseitigung der Störung einzusetzen. Diese Regelung findet sich auch in den neueren Polizei- und Ordnungsgesetzen, vgl. §§ 36 II br. PG; 4 III hmb Sog; 8 hess Sog; 3o II nds Sog; 21 nrw OBG; 49 II rhpf PVG. Siehe auch die entsprechende Regelung in § 12 II BGG.

durch diese Arbeit nachgewiesen werden.

Die Vernachlässigung der wissenschaftlichen Erörterung der Teilhabe des Bürgers an der vorwiegend mit Befehl, Zwang und Erlaubnisvorbehalten arbeitenden Überwachungsverwaltung⁵⁾ ist umso erstaunlicher⁶⁾, als hier die Akte der Verwaltung den Betroffenen durchweg unmittelbar treffen; denn die Zweckbestimmung des behördlichen Handelns ist ja gerade darauf gerichtet, das Verhalten und die Willensbildung des Adressaten zu beeinflussen,⁷⁾ wobei rechtswidrige Akte zumeist zu irreparablen Konsequenzen führen. Die Folge dieses scheinbar hilflosen Ausgeliefertseins an die staatlichen Machtäußerungen ist ein Grund für das nicht selten gebrochene Verhältnis⁸⁾ des Bürgers zu seinem Staat,⁹⁾ für das die Bezeichnung "Polizeistaat"¹⁰⁾ nur ein stets aktuelles Signal ist. In der zumeist psychologisch begründeten Abneigung gegen die Formen des Tätig-

-
- 5) Zu diesem Begriff im einzelnen unten Seite 20, vgl. hier vorläufig H.J.Wolff, VwR III, § 122 VIa (S.23).
- 6) Und zwar auch dann, wenn man mit Morstein Marx, Einführung, S. 12 feststellt, daß heute der erstickende Griff des Polizeistaates nicht von der Eingriffs- oder überwachenden Verwaltung, sondern von der Leistungsverwaltung ausgeht und deshalb und weil der Gesetzgeber in hohem Maße gefahrenvorsorgend tätig wird, der Anteil der spezifisch überwachungsrechtlichen Streitigkeiten an den bei Gericht anhängigen Streitsachen zurückgegangen ist, vgl. dazu Baring, Polizei- und Ordnungsrecht in der Praxis der Verwaltungsgerichte, DVBl. 1957, 843 ff (846 ff).
- 7) Angesichts dieser unmittelbaren Einwirkungen ist das Handeln der Überwachungsbehörden in hohem Maße "konfliktträchtig" und damit in erhöhtem Maße konsensbedürftig. Zum Zusammenhang von Konsensbedarf und Konfliktträchtigkeit bei der Planung: Scharpf, Die Verwaltung 1971, 1 ff (20 ff).
- 8) Walter, VVDStRL 31 (1973), S. 147 ff (151); Franz Mayer, Probleme des Polizeirechts, DÖV 1960, 88 ff (88,93); ebenso v.Unruh, Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972, 469 ff (473). Vgl. auch Ansprache des BuPrä Heinemann im Polizeinstitut Hiltrup, in: Bulletin des Presse- und Informationsamtes 1972, 322 ff.
- 9) Andere Ursachen sind Staatsverdrossenheit, mangelnde Kenntnis der Verwaltungsorganisation und der eigenen Rechte und Obrigkeitsscheu, vgl. dazu Mängel, S. 174 (175).

werdens der Überwachungsbehörden wird die Bedeutung der Verwaltungsagenden unzureichend gewürdigt und übersehen, daß die Gefahrenabwehr unerläßlich für ein gedeihliches Zusammenleben aller ist, daß die Überwachungsbehörden diese nur stellvertretend für alle durchführen und damit eine Aufgabe wahrnehmen, die der ursprünglichen Bedeutung des Wortes Polizei, nämlich "polizein = miteinander eine Mauer um eine Siedlung bauen", entspricht.¹¹⁾ Mit dem

noch 9) Zu den Störungsursachen auch zusammenfassend Jaeger, Bürger und Verwaltung, Anmerkungen zu einem spannungsgeladenen Verhältnis, Ba-Wü.VBl. 1972, 33 ff, die bereits zu einer Entfremdung von Verwalteten und Verwaltern in beträchtlichem Umfang geführt hat, vgl. Bosetzky, Über das Ausmaß von Entfremdung in der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1973, 302 ff (305 f m.w.N.). Das gestörte Verhältnis ist auch schon demoskopisch belegt: So sollen 68% der Männer und 50% der Frauen Kritik an der Verwaltung üben, vgl. Lauxmann, Hierarchie, S. 160, vgl. auch Seite 9. Ebenso Hans Schäfer, Moderne Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DVBl. 1972, 405 ff (405); Ellwein, Formierte Verwaltung - Autoritäre Herrschaft in einer parlamentarischen Demokratie, in: Kritik, Bd.3, Parlamentarismus ohne Transparenz, hrsg. von Steffani, 1971, S. 48 ff (48). Demgegenüber meint Schneider, Demokratisierung der Verwaltung - ein Schlüssel zum Fortschritt? in: Der öffentliche Dienst am Scheideweg, hrsg. v. H.D. Genscher u.a., 1972, S. 169, daß die Verwaltung in der breiten Öffentlichkeit nur auf wenig Kritik stößt und die Bevölkerung mit Zustand und Leistungsfähigkeit der Verwaltung weit- hin zufrieden ist. Sehr aufschlußreich ist es, wenn Müller-Heidelberg, Zur Problematik des Verhältnisses von Bürger und Staatsgewalt, in: Mängel, S. 12 ff (13) darauf verweist, daß die Störungen nicht durch objektive Ungerechtigkeiten hervorgerufen werden, deshalb auch nicht durch mehr Gerechtigkeit ausgeräumt werden können. Vgl. auch den Bericht von Bahls, DVBl. 1973, 565 ff (567) über zwei Referate von Mikuteit und Brusten zum Thema "Polizei und Bürger", gehalten auf der 41. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung der Hochschule Speyer unter dem Thema: Die Polizei im demokratischen Rechtsstaat.

- 10) Vgl. zur Machtfülle und den Methoden des Polizeistaates Chapman, Der Polizeistaat, 1972, 150 ff.
11) v.Unruh, DVBl. 1972, 469 ff (469) m.N..

"Miteinander" ist aber hier nicht die Legitimation von Verwaltungsvorgängen durch die von diesen Vorgängen Betroffenen angesprochen. Partizipation ist nicht nur ein demokratisches und sozialstaatliches, sondern auch ein rechtsstaatliches Problem.¹²⁾

Ein rechtsstaatliches Problem sind aber auch die Handlungsmodalitäten, in denen die Überwachungsbehörden ihre Aufgaben erfüllen. Hier zeigt sich die Interdependenz von Partizipation und Rechtsstaat bei einem rechtsstaatsverwirklichenden Handeln der Überwachungsverwaltung.

Rechtsstaatsverwirklichendes Handeln ist vor allem Handeln, das die Wertvorstellungen der Verfassung verwirklicht und dabei die Vorstellungen der Verfassung vom zugrundeliegenden Menschenbild einbezieht. Ein solches Verwaltungshandeln wirkt in zweierlei Richtung:

Zunächst entfaltet es eine individualrechtsschützende Seite im Sinne einer Rechtsschutzgewährung und zum anderen muß es der Verpflichtung der Verwaltung zur Erreichung einer gerechten und richtigen Entscheidung genügen.¹³⁾

Für die Überwachungsverwaltung gilt der Grundsatz der positiven Gesetzmäßigkeit; dennoch handelt die Verwaltung nicht schon dann sachrichtig und rechtmäßig, wenn ihr Handeln unter das Gesetz subsumiert werden kann. Würde nämlich das Handeln der Überwachungsbehörden durch das Gesetz erschöpfend determiniert, dann wäre im Bereich der Überwachungsverwaltung kein Platz für Partizipation, da sonst ein Unterlaufen des Gesetzes und damit auch des Schutzzweckes des Gesetzes¹⁴⁾ unvermeidlich sein würde. Eine "lückenlose" Gesetzesbindung gibt es aber auch im Bereich der Überwachungsverwaltung nicht. Dem steht nicht

12) Zu dieser Strukturierung Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff (243 ff).

13) Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, S. 229 ff (250).

14) Treffend beschreibt Imboden, Grundsätze des administrativen Ermessens, in: ders., Staat und Recht, S. 417 ff (426) das nicht umfassend determinierte Gesetz mit Schranken- und Rahmenfunktionen.

zuletzt die fehlende Eindeutigkeit der Rechtssprache und die Unwägbarkeit subjektiver Wertungen entgegen. Die Bestimmung der Handlungsmodalität im konkreten Fall ist damit nicht die Anwendung der abstrakten Grenzen des Gesetzes, sondern über die Feststellung der individuellen Gegebenheiten eine individualorientierte Zweck-Mittel-Selektion. Dies führt über die Verbesserung der Entscheidungsgewißheit zur höheren Entscheidungsqualität des Verwaltungshandelns.

Die individualrechtsschützende Seite des Verwaltungshandelns ist besonders zu betonen, weil der gerichtliche Rechtsschutz auch im Bereich der Überwachungsverwaltung beträchtliche Funktionslücken und Einbruchstellen hat. Auch dabei geht es um die Bestimmung des rechten, individuellen Maßes des Verwaltungshandelns. Auf den nicht durchweg gewährleisteten gerichtlichen Rechtsschutz ist zunächst näher einzugehen.

Daß die oben erwähnte mangelnde Determiniertheit des Gesetzes auch zu gewissen Erschwernissen im gerichtlichen Rechtsschutz führt,¹⁵⁾ liegt auf der Hand. Davon soll hier nicht die Rede sein. Vielmehr geht es um die "Zeitempfindlichkeit" der beeinträchtigten oder gestörten Rechtsgüter, deren Schutz der Überwachungsverwaltung obliegt. Rechtsschutzlücken werden weniger dort deutlich, wo Schutz vor der Verwaltung, als dort, wo Schutz durch die Verwaltung begehrt wird. In der Epoche des "Leistungsstaates" sind für den Schutz der subjektiven Rechte des

15) Vgl. dazu allgemein Ottl, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Berlin, 1971, dessen These, daß das Rechtsstaatsprinzip dem Postulat lückenlosen Rechtsschutzes entgegensteht (S. 91), allerdings kaum im Einklang mit der Verfassung stehen dürfte; Rechtsschutz muß sowohl durch die Gerichte als auch durch die Verwaltung gewährt werden. Kritisch zur wachsenden Geringschätzung des gerichtlichen Rechtsschutzes Hans H. Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769 ff (1772): Gerichtlicher Rechtsschutz und Verfahrensschutz im Bereich der Verwaltung stehen in einem Ergänzungsverhältnis.

Betroffenen¹⁶⁾ und seiner persönlichen Existenzgrundlagen die Fälle, in denen die Verwaltung untätig bleibt, von sehr viel größerer Bedeutung als jene, in denen die Verwaltung fehlerhaft handelt.¹⁷⁾ Eine kurze Analyse der prozessualen Möglichkeiten wird dies deutlich machen:

Ein Anspruch auf Einschreiten aufgrund der polizeilichen Generalklausel zur Verhinderung oder Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann nach der h. L. nur im Wege der Verpflichtungsklage¹⁸⁾ geltend gemacht werden. Lehnt die Behörde ein Einschreiten ab, so ist für die Zulässigkeit dieser Versagungsgegenklage¹⁹⁾ gemäß § 68 Abs. 2 VwGO ein Widerspruchsverfahren erforderlich. Für den Erlass des Widerspruchsbescheides ist in aller Regel die nächsthöhere Behörde zuständig, die gemäß § 75 Satz 1 VwGO in angemessener Frist zu entscheiden hat. Was unter angemessener Frist zu verstehen ist, kann dem § 75 Satz 2 VwGO entnommen werden. Danach darf eine Klage nicht vor Ablauf von drei Monaten erhoben werden, es sei denn, dies wäre durch besondere Umstände geboten.²⁰⁾ Zwar kann der Betroffene bereits vor Ablauf der Dreimonatsfrist Klage erheben, weil die Frist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bezogen ist,²¹⁾ jedoch riskiert der Kläger zum einen dabei nicht nur eine

16) Deshalb ist es nur zum Teil richtig, die lange Prozeßdauer im Hinblick auf die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe zu verharmlosen, denn diese greifen exakt bei Eingriffen, nicht aber bei verweigertem Verwaltungshandeln; ganz abgesehen davon, daß nicht überall Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung entfalten, vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, Grundriß, S. 115 m.w.N.; zum Ausländerrecht vgl. OVG Bremen v. 19.7.1971, DVBl. 1972, 519; VG Hannover v. 21.12.1971, DVBl. 1972, 519 m. Anm. Rittstieg.

17) Kirschbaum, Bürger - Unruhen - Polizei, 1969, S. 64.

18) Vgl. dazu H.G. König, BayVBl. 1969, 45 ff (50); nach a.A. ist die allgemeine Leistungsklage zu erheben. Vgl. zu diesem Problem Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rdnr. 9; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 42 Rdnr. 6; sieht man einmal davon ab, ob überhaupt ein subjektives Recht auf Einschreiten gegeben ist.

19) Tschira/Schmitt Glaeser, Grundriß, S. 122, 124 ff.

Aussetzung des Verfahrens²²⁾, sondern auch, daß sich die Klage durch den zwischenzeitlich ergehenden Widerspruchsbescheid erledigt und zum anderen auch eine Abweisung der Klage als unzulässig durch Vorbescheid²³⁾. Der Anspruch auf behördliches Einschreiten kann auch nicht im Wege der hier allein in Betracht kommenden einstweiligen Anordnung gemäß § 123 I VwGO in der 2. Alternative der Regelungsanordnung durchgesetzt werden. Zwar ist § 123 Abs.3 VwGO i.V.m. § 938 ZPO gegenüber § 114 VwGO lex specialis und damit eine Durchbrechung des Ermessensmonopols der Verwaltung, weil der Richter alle Maßnahmen anordnen kann, die er für angemessen hält²⁴⁾; dennoch ergibt sich aus

-
- 20) Darüber hat im Streitfalle das Gericht zu entscheiden, vgl. Eyermann-Fröhler, § 75 Rdnr.7; zur Auslegung der Fristen nach § 75 VwGO noch BVerwG v. 21.4.1972, NJW 1972, 1682.
- 21) OVG Hamburg v. 22.9.1961, DVBl. 1962, 229; Die durchschnittliche Verfahrensdauer in erster Instanz liegt in den verschiedenen Bundesländern zwischen 9 und 24 Monaten, vgl. Mängel, 42 f.
- 22) BVerwG v. 20.1.1966, BVerwGE 23, 135 ff (139) m.z.N.; dazu kritisch Menger-Erichsen, Höchststrichterliche Rechtsprechung, VerwArch Bd. 58 (1967), S. 79 ff. (82).
- 23) Selbst wenn der Kläger ein Urteil hat, so muß er mit Rechtsmitteln rechnen und steht dann mit leeren Händen da, weil es bei Verpflichtungsklagen keine vorläufige Vollstreckbarkeit gibt, § 167 II VwGO.
- 24) Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, 1967, S. 146 ff; Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd. 51 (1960), S. 210 ff, 342 ff (216); Winkelvoß, Die einstweilige Anordnung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1970, 222 f (223).

dem Sinn der einstweiligen Anordnung als einer nur vorläufigen Regelung, daß sie unzulässig ist, wenn damit die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde.²⁵⁾ Dieses Prinzip wird allerdings dann durchbrochen, wenn die Versagung der Anordnung die Versagung eines effektiven Rechtsschutzes bedeutet²⁶⁾ und zu irreparablen Nachteilen beim Antragsteller führen würde.²⁷⁾ Unter diesen Voraussetzungen kann tatsächlich einmal eine einstweilige Anordnung erreicht werden.²⁸⁾

Auch die vorbeugenden Klagen sollen nicht unerwähnt bleiben, jedoch wird man mit Hilfe dieser Klageart ebenso wie mit der einstweiligen Anordnung nur ausnahmsweise zum Ziel gelangen. Ihre Zulässigkeit wird man immer nur im Einzelfall mittels einer Abwägung zwischen dem Gewaltenteilungsgrundsatz und der Garantie des effektiven Rechtsschutzes beurteilen können.²⁹⁾

25) Tschira/Schmitt Glaeser, Grundriß, S.137; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123 Rdnr.8 m.z.N.; vgl. auch allgemein Keßler, Zum zulässigen Inhalt einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsprozeß, Diss. Frankfurt, 1972; OVG Berlin v. 7.2.1972, VRS 1972 (Bd.43), S.318.

26) BayVGh v. 28.2.1966, BayVBl. 1966, 207 ff; v. 15.11.1967 BayVBl. 1968, 67 f.

27) Ule, Streik, S. 105 ff; Tschira/Schmitt Glaeser, Grundriß, S.137; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123 Rdnr.8,11,13a.

28) Aber auch bei einstweiligen Anordnungen sind Rechtsmittel gegeben: Bei Ablehnung einer e.A. Beschwerde gemäß § 146 VwGO, gegen den Erlaß mündliche Verhandlung gemäß § 123 V, ist e.A. danach durch Urteil ergangen, ist Berufung möglich; schließlich besteht auch noch die Möglichkeit, daß das Urteil in der Hauptsache anders ausfällt: VG Kiel v. 28.10.1970, Dt. Polizei 1972, 124.

29) Deshalb ist Bettermann, Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Zehn Jahre VwGO, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.45 (1970), S. 185 ff zuzustimmen, daß die Zulässigkeit der Präventivklagen eine Frage der Maß- und Grenzbestimmung, also der Verhältnismäßigkeit, sei. Vgl. ferner allgemein zu den vorbeugenden Klagen: Bartlsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, 360 ff (369 f); ders., Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl. 1971, 723 ff; Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungs-

Die prozessualen Möglichkeiten, von der Verwaltung ein bestimmtes Handeln zu erzwingen, sind also beschränkt. Man muß aber bei den Versuchen, den gerichtlichen Rechtsschutz zu perfektionieren und ebenso bei den Bestrebungen, auch in Deutschland einen Ombudsman³⁰⁾ für die allgemeine Verwaltung einzurichten, noch folgendes bedenken: Sowohl durch die Verbesserung des Rechtsschutzsystems als

noch 29) recht, 1959, S. 75 ff; Erichsen, Vorbeugender Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, VerwArch Bd.62 (1971), S. 418 ff; Friauf, "Latente Störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl. 1971, 713 ff; Hoffmann, Vorbeugende Klagen im Verwaltungsprozeß, BayVBl. 1962, 72 ff, 101 ff; Kopp, Verfassungsrecht, S. 106 f; Naumann, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.391 ff; Pfander, Die Zusage im öffentlichen Recht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom vorbeugenden Rechtsschutz und Vertrag, 1970, S.255 ff; Ruckdäschel, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, 675; Schenke, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, AöR 95 (1970), S.223 ff; Die Rechtsprechung bejaht die Zulässigkeit von vorbeugenden Klagen bislang nur ausnahmsweise für den Fall, daß sich ein Handeln der Verwaltung bereits soweit konkretisiert hat, daß eine Rechtswidrigkeit nicht mehr ausgeschlossen werden kann und der Kläger ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis geltend machen kann, das in aller Regel nur dann vorliegt, wenn der Betroffene im konkreten Fall nicht mehr auf den von der VwGO als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann, so ausdrücklich BVerwG vom 21.2.1973, DÖV 1973, 342 ff (343) mit Anm. Blümel, DVBl. 1973, 436 ff. Es handelt sich also bei den vorbeugenden Klagen um subsidiäre Rechtsschutzmöglichkeiten. Vgl. noch BVerwG v. 12.1.1967, BVerwGE 26, 23 ff; v. 26.9.1969, BVerwGE 34, 69 ff = NJW 1970, 292 = DVBl. 1970, 286; v. 16.4.1971, DVBl. 1971, 746 ff (747) = BauR 1971, 100; v. 8.9.1972, DÖV 1973, 200 ff = DVBl. 1973, 34 ff (35 f); angedeutet vom VGH Kassel v. 25.11.1969, DÖV 1970, 755; OVG Münster v. 28.10.1970, OVG 26, 96 ff = DÖV 1971, 392 f; OVG Lüneburg v. 16.12.1965, OVG 21, 473 ff; v. 26.8.1970, NJW 1971, 1149 = DVBl. 1971, 421 ff unter besonderer Betonung des Art. 19 IV GG; VG Hannover v. 7.11.1969, DVBl. 1971, 767 ff (769).

30) Vgl. allgemein zu dieser derzeit viel diskutierten Institution: Hahnenfeld, Der Ombudsman-Gedanke, ZRP 1973, 60 ff; Hansen, Die Institution des Ombudsmans, 1972; Mängel, S. 69 ff; Müller-Heidelberg, Zur Problematik des Verhältnisses von Bürger und Staatsgewalt, in: Mängel, S.12 ff (20 f);

auch mit Hilfe des Ombudsmans wird man nur Teilerfolge, nicht aber eine umfassende Lösung erreichen können. Dieses wie jenes Programm zur Eindämmung der Verwaltungsmacht ist mit einem "Eingriff" von dritter Seite in das Verhältnis von Bürger und Staat verbunden mit der Folge, daß die Kontrahentenstellung von Bürger und Verwaltung besonders betont wird.

Eine Lösung auf Dauer kann nur erreicht werden, wenn sich Bürger und Verwaltung "zusammenraufen" und ihre Probleme nicht gegeneinander, sondern miteinander zu bewältigen suchen.³¹⁾ Dies erfordert Möglichkeiten der Kommunikation zwischen Bürger und Staat. Der Rahmen für eine kooperative Zusammenarbeit zwischen der Überwachungsverwaltung und dem Betroffenen ist das Verwaltungsverfahren. Bei entsprechender Ausgestaltung kann das Verfahren beide Seiten eines rechtsstaatsverwirklichenden Verwaltungshandelns zur Entfaltung bringen. Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963³²⁾ ist hier ein Versuch, der aber

noch 30) Reger, "Ombudsman" und Finanzkontrolle, BayVBl. 1973, 175 ff; Thomas W. Walde, Plädoyer für den Bürgerkommissar, Staats- und Kommunalverwaltung, 1973, 77 ff; Wild, Der Ombudsman in Deutschland, Diss. Würzburg, 1972; Probleme des Ombudsmans. Der Ombudsman als Mittler zwischen Staat und Bürger, in: Mensch und Staat 1973, 42 ff.

31) Darin liegt weder ein Angriff auf die Entscheidungszuständigkeit oder -verantwortlichkeit der Verwaltung noch die utopische Annahme, daß alle Probleme durch den Austausch von Ansichten und Problemlagen gelöst werden können.

32) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Aufl., 1968; die sich mit diesem Entwurf auseinandersetzen Literatur ist unübersehbar, vgl. insbesondere (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) = Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensgesetz, 1971; Baring, Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 180 ff; Gerhard Dürig, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen, 1964, 616 ff; Feneberg, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 177 ff; 222 ff; Hauelsen, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DÖV 1964, 574 ff; Koehler, Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, MDR 1964, 274 ff;

hinsichtlich der Betroffenenbeteiligung nicht zufriedenstellt. Das Verwaltungsverfahren hat die Funktion, die sich aus der lückenhaften Determination des Handelns der Überwachungsbehörden durch das Gesetz ergebende Entscheidungsunsicherheit in der Weise auszugleichen, daß seine Ausgestaltung die Feststellung der individuellen Verhältnisse und damit eine individualisierende Gesetzesanwendung hinsichtlich der Betroffenen ermöglicht. Dafür ist die Einbringung von Informationen und der individuellen Bewertungen durch den Betroffenen gleichermaßen von Bedeutung. Die Beteiligung wird damit prinzipiell unerlässlich für die rechtsstaatsverwirklichende Maßbestimmung des hoheitlichen Handelns. In dieser Funktion entfaltet

noch 32) Kratzer, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BayVBl. 1964, 273 ff; BayVBl. 1965, 15 f; Ossenbühl, Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1964, 511 ff; Rietdorf, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, 293 ff; 333 ff; Scheerbarth, Gedanken zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1966, 780 ff; Schmitt-Lermann, Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1964, 402 ff; Sendler, Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz, AöR 94 (1969), S.130ff; Spanner, Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, 845 ff; Thomas, Musterentwurf für ein Verwaltungsverfahrensgesetz, DÖV 1964, 361 ff; Ule, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1963, 476 ff; Ule-Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964. Der Entwurf hat durch die Regierungsvorlage eines Verwaltungsverfahrensgesetzes BT-Drcks.VI/1173 neue Aktualität erhalten. Der E 1963 und E 1970 stimmen im wesentlichen überein, allerdings ist im E 1970 der Geltungsbereich erheblich erweitert. Vgl. speziell zum E 1970: Spanner, Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1970, 671 ff. Nunmehr hat die Bundesregierung, was wegen des Neubeginns der Legislaturperiode unvermeidlich war, den Entwurf 1970 erneut eingebracht und nach einer ersten Stellungnahme seitens des Bundesrates am 18.7.1973 dem Bundestag zugeleitet (BT-Drucksache 7/910). Der Entwurf enthält zum Teil bedeutsame Veränderungen, von denen hier besonders die Neugestaltung der Anhörung im nichtförmlichen Verfahren (§ 24 E) und die Einführung eines Rechtsanspruchs auf Akteneinsicht (§ 25 E) relevant sind; die abweichende Meinung des Bundesrates zu diesen Fragen macht seine Stellungnahme deutlich (vgl. BT-Drcks. 7/910, S.101). Im Text wird auf den Entwurf VwVfG 1973 (BT-Drcks.7/910) nur soweit eingegangen, als er vom E 1963 abweicht. Zu diesem Entwurf vgl. Redeker, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1973, 744 ff.

das Verfahren zugleich auch eine individualrechtsschützende Seite. Einer solchen Funktion kann das Verwaltungsverfahren grundsätzlich nur dann gerecht werden, wenn es in seiner Gestaltung gewährleistet, daß sich der Betroffene im Verfahren entfalten kann und seine (Interessen-) Perspektiven den Eingang in den behördlichen Entscheidungsprozeß finden. Nur dann kann es Ausgleich für eine lückenhafte gesetzliche Determination des Verwaltungshandelns auf der einen Seite und des unzureichenden gerichtlichen Rechtsschutzes auf der anderen Seite sein.

Die Grundzüge dieses rechtsstaatsverwirklichenden Entscheidungsfindungsverfahrens unter Beteiligung des Betroffenen sollen hier entwickelt werden. Die Frage, ob man eine weitere Entfremdung von Bürger und Verwaltung riskieren oder ob man dieser Tendenz durch Betroffenenpartizipation entgegenwirken will, ist eine politische Frage³³⁾ und kann nur von den zuständigen politischen Instanzen beantwortet werden. Die Wissenschaft hat solche Entscheidungen mit vorzubereiten. Als eine derartige Vorbereitung ist diese Arbeit zu verstehen³⁴⁾; sie soll zugleich nachweisen, daß sich Partizipation nicht nur systemüberwindend, sondern auch systemimmanent und systemverbessernd auswirken kann.

33) Püttner, Neubau der Verwaltung, Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Frido Wagener, Die Verwaltung 1971, 98 ff (104).

34) Die Arbeit beinhaltet insoweit auch einen gewissen gesetzespolitischen Aspekt.

2. Abschnitt: Gang der Untersuchung

Nach einer Aufbereitung der thematischen Grundbegriffe der Überwachungsverwaltung, der Partizipation und des Rechtsstaats wird zunächst das Ausmaß der Determination des Verwaltungshandelns durch Gesetz und übergeordnete Rechtsgrundsätze ermittelt. Ob die sich hier zeigenden Determinationslücken durch eine bürgerschaftliche Partizipation geschlossen werden können, ist vor allem eine Frage der Aussagekraft des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgedankens, weil die Bestimmung der Handlungsmodalität der Verwaltung im Hinblick auf eine individualisierende Gesetzesanwendung ein rechtsstaatliches Problem ist. Deshalb müssen die Dimensionen des Rechtsstaatsprinzips ausgelotet und auf ihre partizipativen Aussagen abgeklopft werden. Daran schließt sich der Versuch an, die gefundenen Partizipationsaussagen verfahrensrechtlich zu verwirklichen. Unter der Verwendung einiger entscheidungstheoretischer Erkenntnisse wird die Notwendigkeit und Bedeutung eines Entscheidungsverfahrens dargelegt sowie ein Modell der schrittweisen Entscheidungen entwickelt.³⁵⁾ Hierbei durfte auf eine Behandlung der Folgen von Verfahrensfehlern und der Bestandskraft von in partizipativen Verfahren gewonnenen Entscheidungen nicht verzichtet werden.

2. Kapitel: Grundsätzliche Ausführungen zu Überwachungsverwaltung, Partizipation und Rechtsstaat

1. Abschnitt: Die Überwachungsverwaltung

A) Zur Terminologie

Die einleitende Aussage, daß die Partizipationsdiskussion bislang an der herkömmlichen Eingriffsverwaltung vorbeiführte, hat solange nur geringen Aussagewert, solange es

35) Das ist ein Problem am Schnittpunkt von Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre, vgl. dazu Forsthoff, VwR I, S.45 ff, insbesondere S.48.

an einer Klärung in der Terminologie fehlt. Eine Typologie der Verwaltung entsprechend den Verwaltungsaufgaben oder den Formen des Verwaltungshandelns ist bei Verwendung der überkommenen Begriffe, wie z.B. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung, ordnende und gestaltende Verwaltung¹⁾ problematisch, weil diese ihre festen Konturen verloren und damit nur noch geringe Aussagekraft haben.

I) Die Gefahrenabwehr in ihrem Verhältnis zur "Eingriffs- und Leistungs"-verwaltung

Diese begriffliche Unsicherheit ermöglicht es, die Gefahrenabwehr, die hier allein besprochen wird, sowohl der Eingriffs- als auch der Leistungsverwaltung zuzurechnen. Der Grund dafür liegt aber keineswegs in einer allzu großzügigen Handhabung der Begriffe. Vielmehr ist zunächst einmal von Bedeutung, daß Eingriffsverwaltung einerseits und Leistungsverwaltung andererseits deshalb nicht zur Kennzeichnung verschiedener Verwaltungsbereiche geeignet sind, weil sie keine Gegensätze darstellen; denn während "Eingriff" eine Tätigkeitsform der öffentlichen Verwaltung bezeichnet, kennzeichnet "Leistung" einen Tätigkeitsgehalt.²⁾ Von hier aus wird deutlich, daß Leistung und Eingriff gleichsam Hand in Hand gehen können, daß eine Leistung an eine Person zugleich einen Eingriff in die Rechte einer anderen oder derselben Person bedingen kann³⁾ und daß auch die Leistungsverwaltung nicht ohne Eingriffe auskommt.⁴⁾

Entscheidend dafür, daß der Standort der Gefahrenabwehr nicht mehr ausschließlich in der Eingriffsverwaltung angenommen werden kann, ist zum anderen vor allem, daß die

1) Zur Begriffsvielfalt vgl. Erich Becker, VVDStRL 14 (1956) S. 96 ff (109).

2) H.J. Wolff, VwR III, § 137 II b (S.154); Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 139 ff (146); v.Unruh, Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972, 469 ff (473).

3) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff (57).

4) Vgl. etwa die Leistungen der kommunalen Versorgungsbetriebe und den zu ihren Gunsten in den Gemeindeordnungen statuierten Anschluß- und Benutzungszwang.

Formen des gefahrenabwehrenden Verwaltungshandelns nicht mehr allein eingreifenden Charakter haben, worauf noch zurückzukommen ist, und daß das gefahrenabwehrende Handeln von ambivalenter Wirkung ist.⁵⁾ Unter Leistungsverwaltung konnte nämlich nur solange die materiell gewährende Tätigkeit des Staates im Gegensatz zur beschränkten Eingriffsverwaltung verstanden werden, bis erkannt wurde, daß die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine elementare Leistung⁶⁾ des Staates ist, die vom Staat für den einzelnen und die Allgemeinheit erbracht werden muß, weil sie von existenzieller Bedeutung⁷⁾ für das Gemeinschaftsleben ist. So beinhaltet jeder korrigierende Eingriff in eine individuelle Rechtssphäre insofern zugleich einen sozialen Reflex, als er der Sicherung des Lebens- und Entfaltungsbereiches anderer Gesellschaftsmitglieder dient.⁸⁾ Bei Schutzmaßnahmen, so wenn der betrunken auf der Straße Liegende zur Ausnüchterung in polizeilichen Gewahrsam genommen wird,⁹⁾ wird besonders deutlich, daß in der behördlichen Maßnahme Eingriff und

5) In diesem Sinne auch Hans H. Rupp, Grundfragen, S.267 ff; v.Unruh, DVBl. 1972, 469 ff (474).

6) Die Klassifizierung der Gefahrenabwehr als Leistungsverwaltung geht zurück auf Erich Kaufmann, in: Stengl-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 1914, Bd.III, Art. Verwaltung, Verwaltungsrecht, S.688; sie wurde aufgenommen von Erich Becker, VVDStRL 14 (1956), S.96 ff (109); in diesem Sinne auch Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297 ff (298); Loschelder, Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, 819 ff; Beinhardt, Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl. 1961, 608 ff (613); Götz, Polizeirecht, S.30 ff; v.Unruh, DVBl. 1972, 469 (473); Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.145.

7) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S.68.

8) v.Unruh, DVBl. 1972, 469 ff (474).

9) Zur Problematik der Schutzhaft vgl. allgemein Hoffmann, Polizeiliche "Schutzhaft" und Grundrechte, DVBl. 1970, 473 ff.

Leistung zugleich liegt. Wird damit offensichtlich, daß die Gefahrenabwehr durch den Begriff der Eingriffsverwaltung nur unzureichend gekennzeichnet¹⁰⁾ ist, so ist ferner festzustellen, daß auch der Begriff der Leistungsverwaltung nicht deutlich genug ist.

Hier reicht allerdings die Begründung von Henke¹¹⁾ nicht aus, wonach Sicherheit und Ordnung keine Leistungen seien, das Polizeirecht allein das Verhältnis zwischen der Polizei und dem Störer regelt und zwischen der Polizei und dem Gestörten grundsätzlich kein gesetzlich geregeltes Verhältnis bestehe. Die Ausführungen überzeugen schon deshalb nicht, weil die von Henke angeschnittenen Fragen die Existenz und Reichweite eines subjektiven Rechts auf Einschreiten der Polizei betreffen, hier aber allein die Auswirkungen gegenüber den Betroffenen angesprochen sind. Die Bezeichnung der Gefahrenabwehr als Leistungsverwaltung¹²⁾ ist aber deshalb verfehlt, weil hier die Verwaltung nicht handelt, um die Stellung des Einzelnen zu verbessern, ihm also etwas zuteil werden zu lassen, was er niemals innehatte, sondern um die Wiederherstellung einer durch Eingriff geschmälernten Rechtsposition zu sichern. Das Eingreifen der Behörde setzt eine bereits eingetretene Verminderung (= Störung) oder drohende Verminderung (= Gefahr) voraus und führt zur Bewahrung oder Wiederher-

10) Der Abschied vom Begriff der Eingriffsverwaltung ist auch schon weitgehend vollzogen: So unterscheidet Forsthoff, VwR I, S.73 danach, wo das Verwaltungshandeln seine Rechtswirkungen entfaltet. Vgl. ferner Badura, Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, 624 ff (625, 633); Hans H. Rupp, Grundfragen, S.267 f; Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (8); Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S.49; hingegen hält Bachof, VVDStRL 30 (1972), S.193 ff (227) ausdrücklich am Begriff der Eingriffsverwaltung als für die ordnende Verwaltung stehenden fest.

11) Henke, Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl. 1964, 649 ff (655).

12) Gemeint ist hier nur die Leistungsverwaltung im herkömmlichen Sinne.

stellung des von der Rechtsordnung gewollten Zustandes. Im herkömmlichen Sinne wird aber unter Leistungsverwaltung eine originäre Gewährung von Zuwendungen oder Rechten verstanden, die gegenüber dem Zustand in der Vergangenheit ein Mehr bedeutet. Würde man neben die auf Verbesserung der Rechtsposition zielenden Handlungen der Verwaltung auch die auf Wiederherstellung der Rechtsposition unter den Begriff der Leistungsverwaltung subsumieren, wäre jedes Verwaltungshandeln leistende Verwaltung und der Terminus "Leistungsverwaltung" würde keine Aussagekraft mehr haben.¹³⁾

II) Gefahrenabwehr und "Ordnungs"-verwaltung

Die Tätigkeit der gefahrenabwehrenden Verwaltung wird auch nicht mit den Begriffen der Ordnungs- oder Hoheitsverwaltung hinreichend exakt gekennzeichnet. Nun kann die Zugehörigkeit der Gefahrenabwehr zur Ordnungsverwaltung zwar nicht bestritten werden. Dieser Begriff ist jedoch nicht geeignet, den typischen Gehalt der Gefahrenabwehr deutlich werden zu lassen. Ordnende Verwaltung ist jede Verwaltungstätigkeit, die irgendwie auf die "gute Ordnung" des Gemeinwesens Einfluß nimmt¹⁴⁾ wie z.B. auch das wirtschaftslenkende oder wirtschaftsfördernde Handeln des Staates. Die hier gewünschte Eingrenzung kann der Begriff der Ordnungsverwaltung insofern nicht leisten.

13) Andererseits kann es auch erforderlich sein, die Gefahrenabwehr als Leistungsverwaltung im weiteren Sinne zu bezeichnen, z.B. im Zusammenhang mit einem eventuellen Anspruch des Bürgers auf behördliches Einschreiten; umso richtiger ist es, auf die Kennzeichnung der Gefahrenabwehr als Leistungsverwaltung (i.e.S.) zu verzichten.

14) H.J.Wolff, VwR III, § 122 VI b (S. 23); Deshalb sieht die Rechtsprechung des BVerfGs die Ordnungsgewalt auch zu Recht als ein Annex des Sachgebietes an, auf dem sie tätig werden soll: BVerfG v. 16.6.1954, BVerfGE 3,407 ff (433); v. 29.4.1958, BVerfGE 8,143 ff (148 ff) = VerwRspr 11 (1959), S.513 ff (516); vgl. dazu noch Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.32 zu Art.70; Achterberg, Die Annex-Kompetenz, DÖV 1966, 695 ff (696).

III) Gefahrenabwehr als "Überwachungs"-verwaltung

Der typische Gehalt der Gefahrenabwehr - nämlich für die Verhinderung und Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch überwachende Beobachtung des Gemeinwesens zu sorgen - wird plastisch herausgestellt durch den von H.J.Wolff geprägten Begriff der Überwachungsverwaltung.¹⁵⁾ Darunter ist die Tätigkeit aller allgemeinen und Sonderordnungsbehörden sowie der allgemeinen und Sonderpolizeibehörden, die insgesamt gefahrenabwehrend tätig sind, zu verstehen. Der Begriff der Überwachungsverwaltung¹⁶⁾ ist also eine Beschreibung des Sinngehalts der Tätigkeit der genannten Behörden. Die Bearbeitung hat hier vor allem die Tätigkeit der Polizei- und Ordnungsbehörden, sowie der Bauordnungs- und der Gewerbeüberwachungsbehörden zum Gegenstand, deren Tätigkeit exemplarische Bedeutung für den gesamten Bereich der Überwachungsverwaltung hat.

- B) Die Aufgabe der Überwachungsverwaltung im Verhältnis von Bürger und Staat
- I) Die Aufgabe der Verwaltung unter verfassungsrechtlichen Aspekten

Im Makrobereich ist die Aufgabe der Verwaltung mit der des im Staat verkörperten Gemeinwesens identisch: Förderung des Wohls der Bürger durch Schaffung und Erhaltung der für ein geordnetes Zusammenleben notwendigen Voraussetzungen.¹⁷⁾

15) H.J.Wolff, VerwR III, § 122 VI a (S.23).

16) Der Begriff der Überwachungsverwaltung setzt sich immer mehr durch: Vgl. Ule, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl. 1972, 437 ff (445), der vom Überwachungsrecht im Gegensatz zum Leistungs- und Planungsrecht spricht. Ausdrücklich gebrauchen Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S.30 sowie v.Unruh, Grundlagen und Grenzen polizeilicher Vollzugsmaßnahmen, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 281 ff (281) den Begriff der Überwachungsverwaltung in dem hier wiedergegebenen Sinne.

17) Häberle, Öffentliche Interessen, S.453 ff; 713 f; Menger DVBl. 1960, 297 ff (298); Morstein Marx, Einführung, S.221; Klaus Meyer, Betrachtungen über die Verwaltung aus der Sicht der Rechtsprechung, DÖV 1969, 162 ff (162)

Die Konkretisierung dieser Zielbestimmung ist sowohl dem Gesetzgeber als auch der Verwaltung übertragen, wobei letztere ihre Richtlinien vor allem vom Gesetzgeber erhält. Die der Verwaltung im Normengefüge zugeordnete Aufgabe kann deshalb nur vom Verhältnis Gesetz - Verwaltung her erschlossen werden.¹⁸⁾ Dieses Verhältnis ist trotz der unbestrittenen Geltung des Grundsatzes der positiven Gesetzmäßigkeit für die in der Gefahrenabwehr typischen Eingriffe in Freiheit und Eigentum¹⁹⁾ nur scheinbar unproblematisch. Die Gefahrenabwehr ist gebundene Verwaltung und grundsätzlich fremdbestimmt,²⁰⁾ weil es keine originär der Überwachungsverwaltung zustehende Aufgaben gibt.

Durch die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Vorbehalts des Gesetzes gemäß Art.20 Abs.3 GG wird das Verhältnis von Gesetz und Verwaltung insofern weitgehend bestimmt. Es ist aber unzutreffend, im Gesetz nur die Normsetzung und in der Verwaltung nur den Normenvollzug zu sehen.²¹⁾ Die Beziehung von Gesetz und Verwaltung erschöpft sich auch nach Abschluß des Normsetzungs-

18) Hier sind so grundsätzliche Probleme angeschnitten wie der Gesetzesbegriff und der Gesetzesvorbehalt. Vgl. dazu Vogel, VVDStRL 24 (1966), S.125 ff (insb. S.166 ff) und Herzog, ebda., S.183 ff, siehe ferner Achterberg, Probleme, S.52 ff.

19) H.J.Wolff, VwR I, § 17 IV a (S.76f), § 30 III a (S.174).

20) Dagoglou, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, 712 ff (716); vgl. ferner mit zahlreichen Nachweisen Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (199 ff); W.Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (337); Dahlgrün, Parlamentarische Kontrolle und autonome Verwaltungsbereiche, in: Verwaltung und Demokratie, S.317 ff; Grauhan, Verwaltung, S.16; Ellwein, Regierung als politische Führung, Bd.3, 2.Teil, S.169 f; Erich Becker, Die vollziehende Gewalt, in: Demokratie und Verwaltung, S.497 ff (513 f).

21) Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, 585 ff (589).

verfahrens nicht darin.²²⁾ Der Gesetzesvollzug ist wohl eine der wichtigsten Aufgaben der Verwaltung, aber nicht die einzige;²³⁾ sie hat vielmehr darüberhinausgehende Funktionen und hier vor allem die gesetzesorientierte Konkretisierung der Rechtssphäre des Bürgers.²⁴⁾ Wollte man hier anderer Auffassung sein, würde man ebenso wie diejenigen, die einen umfassenden Gesetzesvorbehalt für jedes Handeln der Verwaltung fordern,²⁵⁾ die Funktion des

22) Vor der Normsetzung ist vor allem der Einfluß der Verwaltung auf die politischen Führungsinstanzen Regierung und Parlament erheblich. Dies ist Hauptthema der von Ellwein herausgegebenen Reihe Politik - Regierung - Verwaltung, Bd.1: Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, S.116, 173; Bd.2, 1.Teil: Ellwein, Görlitz, Schröder, Parlament und Verwaltung, Gesetzgebung und politische Kontrolle, 1967; 2.Teil: Hirsch, Parlament und Verwaltung, Haushaltsplanung und Haushaltskontrolle, 1968; Bd.3, 1.Teil: Regierung und Verwaltung. Regierung als politische Führung, 1970; 2.Teil: Regierung und Verwaltung. Regierung als Verwaltungsführung, 1971; Ellweins Gedanken finden sich auch komprimiert bei ders., Formierte Verwaltung - Autoritäre Herrschaft in einer parlamentarischen Demokratie, in: Kritik, Bd.3, Parlamentarismus ohne Transparenz, 1971, S.48 ff (50 ff, 54 ff); Kewenig, Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DÖV 1973, 23 ff fordert wegen der weitgehenden Präjudizierung durch die Verwaltung eine "mitlaufende Einflußnahme" des Parlaments bei der Planung. Vgl. zu dieser Problematik noch Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (201 ff); Herzog, VVDStRL 24 (1966), S. 183 ff (197 ff); ders., Staatslehre, S.332 ff; Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 ff (266); Hans H.Rupp, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, DVBl. 1971, 669 ff (672 ff); Salzwedel, NDBZ 1968, 1 ff; aus der Sicht des Grundsatzes der Gewaltenteilung: Hesse, Grundzüge, S.192 ff, besonders S.193; Leisner, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, 405 ff; ferner Luhmann, Politikbegriffe und die Politisierung der Verwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, S.211 ff (226); Mayntz, Funktionen, S.344; Grauhan, Verwaltung, S.18 ff; Thle, Vertrag, S.25 ff; Habermas, Strukturwandel, S.217.

23) Herzog, Staatslehre, S.331.

24) Pipkorn, Auskunftsansprüche gegenüber Verwaltungsbehörden, DÖV 1970, 171 ff (174).

25) Vertreten vor allem von Hans H. Rupp, Grundfragen, S.113 ff; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1962, S.41 f; ferner Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S.171 ff, 205; Menger, VerwArch. 52 (1961), S.196 ff (197); Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S.165 ff (183 ff).

Gesetzes verkennen, indem vom Gesetz etwas verlangt werden würde, was vom Gesetz nicht geleistet werden kann. Das Gesetz kann als Auftrag für die Verwaltung für diese prinzipiell nur Rahmenbestimmung sein²⁶⁾. Dies gilt besonders dort, wo, wie in der Überwachungsverwaltung, die Unvorhersehbarkeit der Lebenssachverhalte die Einräumung von Ermessen und die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen durch den Gesetzgeber unerlässlich machen. Dies verkennt auch Luhmann, der die Verwaltung gemäß einer funktionellen Differenzierung zwischen Politik und Verwaltung²⁷⁾ auf den reinen Gesetzesvollzug beschränken will. Der Interessenausgleich im Parlament soll es danach der Verwaltung ermöglichen, auf die Durchführung der dysfunktionalen Aufgaben der Konsensherstellung mit den Betroffenen und des Interessenausgleichs unter den Betroffenen zu verzichten und zu einer Steigerung der

-
- 26) Scheuner, DÖV 1969, 585 ff (588, 591); ders., Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AÖR 95 (1970), S.353 ff (382); ähnlich Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, 446 ff (452); in diesem Sinne auch Walter, VVDStRL 31 (1973), S.147 ff (157); a.A. vor allem Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Festschrift für Hans Huber, 1961, S.206 ff (insb. S.213, 215).
- 27) Luhmann, Legitimation, S.151 ff; 207; 209; ders., Theorie der Verwaltungswissenschaften, S.75 ff, 89; ders., Zweckbegriff und Systemrationalität, S.177 ff; ders., Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung, in: Politische Planung, S.165 ff (169); Luhmanns Bild einer Verwaltungsrechtslehre wird entscheidend von den Begriffspaaren Verwaltung-Politik und Konditional- und Zweckprogramm geprägt. Für ihn ist aus systemtheoretischer Sicht Rechtssetzung programmierendes, Rechtsanwendung programmiertes Entscheidungshandeln (Theorie, S.20 f, 67 ff; Soziologische Aufklärung, S.180 ff), während dabei dem Teilsystem Politik die Herstellung der Konditionalprogramme übertragen ist, ist das Teilsystem Verwaltung auf deren Durchführung beschränkt, vgl. dazu W.Schmidt, AÖR 96 (1971) S.321 ff (331 ff).

Leistungsfähigkeit²⁸⁾ der Verwaltung²⁹⁾ führen.

Selbst wenn man der durchaus wünschenswerten Prämisse Luhmanns vom interessenausgleichenden Gesetz³⁰⁾ folgt,³¹⁾ so ist dennoch sein Konzept nicht zu verwirklichen. Das Gesetz kann weder alle Lebenssachverhalte vorausschauend regeln, noch kann es - einem Katalysator gleich - allen Konfliktstoff absorbieren, um dann für die Verwaltung eine rein technisch zu handhabende Norm zu sein.

II) Die Aufgabe der Verwaltung in der Spannungszone zwischen strikter Gesetzesbindung und Einzelfallgerechtigkeit

Die Aufgabe der Verwaltung erschöpft sich also nicht in dem ihr durch die Normengefüge zugewiesenen Normenvollzug, weil durch die Normen im Bereich der Überwachungsverwaltung die Umweltkomplexität nicht auf die Alternative Ja - Nein reduziert wird. Gesetzesanwendung heißt insbesondere

28) Oberndorfer, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in Österreich, DÖV 1972, 529 ff (530) wirft Luhmann vor, von einem zu engen Effizienzbegriff auszugehen, zu diesem gehöre nämlich auch Problemlösungs- und Konfliktregelungskapazität. Wie Oberndorfer auch Kisker, Gruppenmitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1972, 520 ff (523 Anm.17); vgl. allgemein zur Effizienz: Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, Recht und Staat, Heft 402/403, 1971; dazu Besprechung von Häberle, AÖR Bd.98 (1973), S.625 ff, der sich wie auch Leisner gegen ein undifferenziertes Effizienzdenken wendet, es ablehnt von Effizienz "an sich" zu sprechen und ihre akzessorische Natur betont.

29) Luhmanns Konzept zeigt hier Züge, die es in Nachbarschaft zum von Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1947, S.650 ff; ders., Staatssoziologie, S.41 f entwickelten Bürokratiebegriff bringt. Entsprechend nimmt Luhmann oftmals auf Max Weber Bezug, vgl. nur, Zweck - Herrschaft - System, Der Staat, Bd.3 (1964), S.129 ff; Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten, Die Verwaltung 1968, 3 ff (15 ff).

30) Das Konsensproblem ist damit natürlich nicht beseitigt, sondern nur von der Ausführungsphase (Verwaltung) in die Willensbildungsphase (Politik) zurückverlegt, vgl. dazu Luhmann, Theorie, S.63 ff.

31) Vogel, VVDStRL 24 (1966), S.125 ff (144) meint, daß die Verwirklichung der Gerechtigkeit bereits vom Gesetzgeber auf die Verwaltung übergegangen ist, a.A. Hollerbach, aaO., S.234.

Zweckerreichung des Gesetzes³²⁾ und dies geschieht nicht überwiegend in einer maximalen Normenverwirklichung, sondern vor allem in einer maximalen Zweckannäherung. Die Verwaltung hat nicht das Gesetz in maximalem Umfang anzuwenden, wenn eine minimale Anwendung ausreicht, den Gesetzeszweck zu erfüllen. Ziel des Verwaltungshandelns ist somit die Verwirklichung einer am Gesetz orientierten Einzelfallgerechtigkeit.³³⁾ Im Gesetz enthaltene Härtekláuseln oder zumindest durch die Aktualisierungs- und Transformationsnorm des Art.1 Abs.3 GG verfassungsrechtlich legitimierte Zumutbarkeits-, Billigkeits- und Interessenerwägungen und Interessenabwägungen erweitern noch den durch Gesetz vorgegebenen Spielraum der Verwaltung. Diese ausgleichende Funktion kennzeichnet die Aufgabe der Verwaltung. Die Mittlerstellung hat sich dabei in zwei Richtungen zu entfalten. Zunächst in der wichtigeren, der Vermittlung von Gesetz und Staatsbürgern;³⁴⁾ diese Aufgabe muß sich in besonderer Weise auf die Organisation der Verwaltung auswirken.³⁵⁾ Die Verwaltung als "Mittel"-stand³⁶⁾ und Staatswillensvermittlung ist dazu berufen, in der Zweckerreichung des Gesetzes den Ausgleich zwischen staatlichen Notwendigkeiten und individueller Freiheit zu versuchen.³⁷⁾ Die Verwaltung ist desweiteren aber auch

32) Thieme, Verwaltungslehre, S.3; Morstein Marx, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, 1965, S.162; Ellwein, Einführung, Bd.1, S.62 ff; Ihle, Vertrag, S.71.

33) F.Mayer, Opportunitätsprinzip, S.39; Das BVerfG räumt den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit prinzipiell gleichen Rang ein, zum letzteren vgl. BVerfG v.18.12.1953, BVerfGE 3, 225 ff (237); v.12.12.1957, BVerfGE 7, 194 ff (196); v.7.7.1960, BVerfGE 11, 263 ff (265); v.3.11.1965, BVerfGE 19, 150 ff (166); v.26.2.1969, BVerfGE 25, 269 ff (290 f).

34) Forsthoff, VwR I, S.60; Dagtoglou, Der Private, S.139, 173.

35) Morstein Marx Bürokratisierung und Leistungsordnung, in: Verwaltung, S.69 ff (82).

36) Bülck, Abhängigkeit und Selbständigkeit der Verwaltung in: Verwaltung, S.52 ff (66 f).

37) Forsthoff, VwR I, S.48.

zur Schlichtung von Konflikten zwischen den einzelnen Bürgern und zwischen ihnen und den gesellschaftlichen Mächten aufgerufen;³⁸⁾ die Verwaltung hat hier einen sozialen Ausgleich anzustreben und eine korrigierende und schlichtende Tätigkeit zu entfalten.³⁹⁾ Dies gilt auch für die gefahrenabwehrende Verwaltung - ohne daß damit freilich die Amtswalter der Überwachungsbehörden zu "Sozialarbeitern" werden.⁴⁰⁾ Interessenausgleich und Konfliktschlichtung ist die Aufgabe jeder staatlichen Gewalt. Im Bereich der Überwachungsverwaltung hat sich das Verwaltungshandeln vor allem am Gesetz zu orientieren aber nicht in der Gesetzessubsumtion zu erschöpfen.⁴¹⁾ Es muß ein Mittelweg zwischen "Staatsraison" und Einzelfallgerechtigkeit, zwischen dem staatlich Notwendigen und dem persönlich Wünschbaren gesucht und beschritten werden.

38) Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff (532); vgl. auch Scheuner, DÖV 1969, 585 ff (586).

39) v.Unruh, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 281 ff (285); Diese Aufgabe war freilich der älteren Verwaltungsrechtslehre fremd: Ausgleichung von Rechtskollisionen ist Aufgabe von anderen Sphären der Staatsverwaltung als der Polizei, so Behr, Die Verfassung und Verwaltung des Staates, Bd.1, 1.Heft, 1811, S.41 f.

40) In diese Richtung allerdings gehen Selbstdarstellungen der Polizei in jüngster Zeit, vgl. hierzu, Autorenkollektiv Polizei Hessen / Universität Bremen, Aufstand der Ordnungshüter oder was wird aus der Polizei?, rororo Bd.1596; ferner die Berichte in der FAZ v. 15.2.1973, S.3 und 7.3.1973, S.6 über Debatten im nordrhein-westfälischen und hessischen Landtag über Vorstellungen der Gewerkschaft der Polizei, der Polizei eine Sozialfunktion zu geben. Die Aufgabe der Konfliktschlichtung wird auch betont in der Informationsschrift Hessen 6, Information - Innere Sicherheit, S.2 und in: Die gebremste Polizei, Grundsätze der Gewerkschaft der Polizei zur Steigerung der polizeilichen Leistungsfähigkeit durch Neuordnung der Bildung und Ausbildung der Polizei, 1973, S.9.

41) Schon diese begrenzte Aufgabenstellung scheint die Überwachungsverwaltung zu überfordern, vgl. dazu Denninger, Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat. ZRP 1973, 268 ff, insbesondere S.269, 270, allerdings insgesamt mit einer das Gesetz zu sehr relativierenden Tendenz.

C) Das Instrumentarium der Überwachungsbehörden

Das den Überwachungsbehörden zur Erfüllung ihrer interessenausgleichenden und konfliktschlichtenden Gesetzesvollziehung zur Verfügung stehende Instrumentarium spiegelt diese erweiterte Aufgabenstellung wider; insofern korrespondieren den veränderten Aufgaben der Verwaltung veränderte Handlungsformen der Verwaltung. Dabei ist es nicht überraschend, daß die in den Polizei- und Ordnungsgesetzen bereitgestellten Mittel noch überwiegend an der Vollzugsfunktion orientiert sind, während sich die Mittel der Konfliktschlichtung mehr in der Verwaltungswirklichkeit finden.

I) Die Verwaltungsmittel herkömmlicher Art

Die klassischen Formen des gefahrenabwehrenden Verwaltungshandelns sind die auf die ordnungsbehördlichen oder polizeilichen Generalklauseln⁴²⁾ gestützten Ordnungsbzw. Polizeiverfügungen⁴³⁾ und die ordnungsbehördlichen Polizeiverordnungen.⁴⁴⁾ Neben Verfügungen und Verordnungen⁴⁵⁾ ist die polizei- oder ordnungsbehördliche Erlaubnis insbesondere bei der Bau- und Gewerbeüberwachung von Bedeutung⁴⁶⁾, weil hier die Kontrolle der Einhaltung von

42) Vgl. nur §§ 14 I prPVG; 8 II bln PolZG; 3 I hmbSOG; 1 I heSOG; 1 I ndsSOG; 14 I saPVG; 14 I nrwOBG, 20 I nrwPolG, 173, 166 schlhLVwG; im bayerischen Recht gibt es keine Generalklausel, vgl. aber Art.5 II bayPAG.

43) So §§ 40 I prPVG; 35 I brPVG; 6 I 2 heSOG; 21 I ndsSOG; 29 nrwOBG; 49 rhpfPVG.

44) Siehe §§ 24 prPVG; 24 blnPVG; 25 brPVG; 1 hmbSOG; 34 hessSOG; 15 ndsSOG; 27 nrwOBG; 28 rhpfPVG; 53, 172 schlhLVwG; In Baden-Württemberg kann der Erlaß einer Verordnung nur auf eine besondere Ermächtigung gestützt werden vgl. § 10 ba-wüPG.

45) Dogmatisch sind die Verfügung als Verwaltungsakt, die Verordnung als Rechtsnorm anzusehen.

46) Vgl. hier die sachlichen Erlaubnisse gemäß §§ 16, 24 GewO und die Baugenehmigungen nach den Bauordnungsgesetzen der Länder, vgl. §§ 62, 70 hessBauO, sowie ferner die persönlichen Erlaubnisse nach §§ 30 ff GewO und den Einzelgesetzen wie § 2 GaststättenG; §§ 1, 7 Handwerksordnung und §§ 2, 9 PBefG.

Ge- und Verboten im besonderen Maße die Tätigkeit der Überwachungsbehörden bestimmt. Die Anwendung der Überwachungsmittel Verfügung und Verordnung neben der Erteilung bzw. Verweigerung der Erlaubnis ist ein besonderes und stets aktuelles Problem,⁴⁷⁾ das hier aber nicht vertieft zu werden braucht.

II) Die Verwaltungsmittel neuerer Art

Als solche bezeichnet man vor allem die auf Konflikt-schlichtung und Ausgleich gerichteten Verwaltungsmittel. Dabei wird nicht verkannt, daß auch Verfügung, Erlaubnis und Verordnung Möglichkeiten zum Interessenausgleich zwischen Verwaltung und Bürger bieten⁴⁸⁾; insofern ist die hier vorgenommene Trennung problematisch, sie ist jedoch nur idealtypisch zu verstehen. Eine Überwachungsverwaltung, die ihre Aufgabe der Gefahrenabwehr gerade für den Bürger durchführt, muß den eingetretenen oder zu erwartenden Störungen des Gemeinwesens elastisch begegnen, will sie nicht ihren "Kredit" verspielen.

Dort, wo ein Lebenssachverhalt nicht durch eine einseitige hoheitliche Maßnahme in zufriedenstellender Weise geregelt werden kann, ist der verwaltungsrechtliche Vertrag⁴⁹⁾ ein geeignetes Mittel, die unterschiedlichen

47) Diese Frage kann immer nur für den Einzelfall aufgrund einer Auslegung der Spezialnorm beantwortet werden; dazu Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S.170 ff.

48) So bietet gerade die Erlaubnis in Verbindung mit Nebenbestimmungen der Verwaltung die Chance zur differenzierenden Reaktion. Allerdings betont hier die Form von Verfügung, Erlaubnis und Verordnung den hoheitlichen Gehorsamsanspruch.

49) Angesprochen ist hier der subordinationsrechtliche Vertrag, vgl. dazu § 42 EVwVerfG 1963 und § 123 LVwGSchlH. Zur Zulässigkeit vgl. dazu H.J.Wolff, VwR I § 44 II (S.308 ff), zu dieser Frage aus Literatur und Rechtsprechung neuestens Götz, Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1970, 1 ff, der ein Bedürfnis für die gesetzesgebundene Verwaltung verneint (S.3); Grund, Die Konkurrenz zwischen subordinationsrechtlichem Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt DVBl. 1972, 884 ff; BGH v. 12.7.1971, NJW 1971, 1842; Das Bedürfnis

Interessen zum Ausgleich zu bringen. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ermöglicht es in seinem gegenseitigen Nehmen und Geben der Verwaltung, auf die Einhaltung zwingender Gesetzesvorschriften zu verzichten, weil die Zweckerreichung des Gesetzes durch die Gegenleistung des Betroffenen auf anderem Wege möglich ist.⁵⁰⁾ Ist der verwaltungsrechtliche Vertrag eine Möglichkeit, punktuell öffentliche und individuelle Interessen zum Ausgleich zu bringen, so schaffen andere Verwaltungsmaßnahmen, wie Öffentlichkeitsarbeit und Informationstätigkeit⁵¹⁾ dadurch ein verändertes Klima zwischen Verwaltung und Bürger, daß sie sich darum bemühen, die Aufgabe der Gefahrenabwehr dem Bürger von ihrem Zweck her verständlich zu

noch 49) für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag und eine Regelung durch den EVwVfG 1973 ist unbestritten, jedoch bedarf es noch mancher Verbesserungen im Detail. Vgl. dazu die Kritik von Götz, Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, DÖV 1973, 298 ff zu der mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schwerlich zu vereinbarenden Regelung der Folgen einer Rechtswidrigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages in § 55 des EVwVfG 1973.

50) Typisch dafür sind die Garagenersatz- und Baudispensverträge im Bauordnungsrecht, vgl. dazu besonders v.Campenhausen, Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Vertragswege im Bau- und Ordnungsrecht, DÖV 1967, 662 ff; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S.93 ff, 103 ff; BVerwG v. 4.2.1966, BVerwGE 23, 213 ff; insgesamt auch Rebhan, Öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich des Erschließungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, Frankfurt, Diss. 1971. Bedenklich wird diese Verwaltungspraxis allerdings dann, wenn die Dispense regelrecht "gehandelt" werden, vgl. dazu den Bericht in der Beilage zur FAZ v. 6.5.1972, S.1 über die Handhabung in Frankfurt.

51) Hämmerlein, Gestaltung der behördlichen Informations-tätigkeit in Nordrhein-Westfalen, in: Morstein Marx, Hrsg., Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, 1968, S.381 ff; Joerger, Bürger und Verwaltung, Anmerkungen zu einem spannungsgeladenen Verhältnis, BaWüVBl. 1972, 33 ff (35); vgl. ferner Mängel, S.58 ff.

machen⁵²⁾ und die Behörde nicht als Kontrahent, sondern als Partner des Bürgers darzustellen.⁵³⁾ Einer solchen Rolle wird ein repressives Handeln allerdings nur unzureichend gerecht. Von einem Partner wird vor allem präventives, gefahrenvorsorgendes Handeln erwartet, zumal die repressive Inanspruchnahme eines einzelnen Störers oftmals nur zufälligen Charakter trägt. Wie durchaus schon erkannt, bieten hier Aufklärung und Warnung⁵⁴⁾ ein auf Dauer gesehen wirksames Mittel, Störungen des Gemeinwesens zu verhindern. Aber auch bereits eingetretenen

52) v.Unruh, DVBl. 1972, 469 ff(475). Deshalb kann es nur begrüßt werden, wenn von der Polizei in Frankfurt anläßlich einer Vietnam-Demonstration Flugblätter verteilt wurden mit dem Bekenntnis, daß auch die Polizei eine baldige Beendigung des Krieges wünsche, aber nicht zusehen kann, wenn aus einer Demonstration Angriffe auf Menschen oder Sachen vorgenommen werden, vgl. Der Spiegel v. 5.2.1973, S.46. Die Werbung um Vertrauen ist insofern zu den wichtigsten Aufgaben der Verwaltung zu rechnen (Haußleiter, Verwaltungssoziologie, S.69 ff); dies kann aber nicht in einer Atmosphäre der Anonymität, sondern nur der Offenheit geschehen. Namensschilder, Amtsbezeichnungen, Visitenkarten, Beratungsinstanzen sind Mittel, dem Bürger die Verwaltung durchsichtig zu machen. Daneben betont Leisner, Amtsbezeichnungen als Gebot der Rechtsstaatlichkeit, DÖV 1973, 145 ff zu Recht, daß Amtsbezeichnungen ein Mittel sind, den Betroffenen erkennen zu lassen, wo die Entscheidung fällt (S.148) und ihm damit die Möglichkeit einer raschen und effektiven Kontrolle geben (S.147).

53) Vgl. nur den Slogan: Die Polizei - Dein Freund und Helfer und die vielerorts schon bei den Behörden eingerichteten Bürgerberatungsstellen, sowie den Plan, im Rahmen einer Reform der Berliner Polizei einen Kontaktbereichsbeamten zu schaffen, vgl. dazu den Bericht in der FAZ vom 16.10.1973, S.9.

54) Ein instruktives Beispiel der Gefahrenvorsorge durch Überwachungsbehörden bieten die hessischen Richtlinien für die Mitwirkung der Schutzpolizei bei Verkehrserziehung und -aufklärung, vgl. Staatsanzeiger für das Land Hessen 1973, 187 ff, danach soll die Polizei die Schulwege sichern, die Schulen bei der Aufstellung von Schulwegplänen beraten, durch Filme, Dias und Broschüren in Kindergärten und Schulen aufklärend wirken und auch auf die älteren Bürger in "Aktionen ältere Mitbürger" aufklärend einwirken.

Störungen ist durch eine sensible Reaktion zu begegnen. So hat die Behörde im Straßenverkehr in der Erkenntnis, daß "Befehl und Zwang nicht mehr gehen"⁵⁵⁾, dort nur eine Belehrung auszusprechen, wo diese wegen der geringen Bedeutung der Handlung ausreichend ist.⁵⁶⁾ Die schlicht-hoheitlichen Mittel der Aufklärung, Warnung und Belehrung geben den Behörden Möglichkeiten flexibler Reaktion auf einen Gefahrenzustand. Sie sind in Verbindung mit der stets gegenwärtigen Möglichkeit des behördlichen Einschreitens mit Befehl und Zwang geeignete Maßnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung von Störungen im Sinne der Generalklauseln. Sie sind zugleich Mittel, die die Öffnung der Überwachungsverwaltung zum Bürger hin offenkundig werden lassen. Die differenzierende Reaktion auf Störungen trägt dabei den Stempel des Übermaßverbotes als des Gebotes zur individuellen "Maßbestimmung" (Schmitt Glaeser) behördlichen Handeln im Einzelfall. Mit der beschriebenen Öffnung der Verwaltung hin zum Bürger sind weitgehende Möglichkeiten der Kooperation zwischen Bürger und Behörde und damit der Partizipation angedeutet. Dies braucht nun nicht zu erschrecken, so revolutionär sind diese Gedanken nicht! Denn auch dort, wo der Bürger von der Behörde gefragt wird,

-
- 55) So lautet der Titel des Berichts: Polizei - Prügelknabe der Nation? in: Der Spiegel v. 5.2.1973, S.38 ff.
- 56) So ausdrücklich in einem Runderlaß für die Polizei in Nordrhein-Westfalen, Belehrung ist dabei die von der Verwaltung ausgehende Aufklärung über die Sach- und Rechtslage, die Initiative liegt also bei der Verwaltung, vgl. Laubinger, Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, in: Demokratie und Verwaltung, S.439 ff (445). Hier ist auch das durch das OWiG aktualisierte Institut der Verwarnung zu nennen und zwar nicht die Verwarnung mit Verwarnungsgeld (nach) einhelliger Auffassung Verwaltungsakt, vgl. Göhler, OWiG, 1970, vor § 56 Anm.3 und BVerwG v. 25.3.1966, BVerwGE 24, 8 ff (9) = NJW 1966, 1426, sondern das Institut der Verwarnung ohne Verwarnungsgeld gem. § 56 I 2 OWiG, das als schlichtes Verwaltungshandeln zu qualifizieren ist, vgl. dazu Drews - Wacke, S.442 sowie Pohl-Sichter-mann und Demuth, Rechtsschutz gegen verwaltungsbehördliche Maßnahmen, MDR 1971, 345 ff (347 ff).

ob er Vorschläge zur Beseitigung der Störung machen wolle,⁵⁷⁾ nimmt der Bürger schon an der Ausarbeitung des ihn betreffenden Verwaltungshandelns teil.

2. Abschnitt: Partizipation und Überwachungsverwaltung

Mit der Möglichkeit eines kooperativen Zusammengehens von Verwaltung und betroffenem Bürger in Erfüllung der beiden gemeinsam obliegenden Aufgabe der Gefahrenabwehr, wurde die Möglichkeit partizipativen Handelns durch die Überwachungsbehörden angesprochen. Bevor diesen Ansätzen nachgegangen und eine Bestandsaufnahme und -analyse durchgeführt wird, ist es zunächst notwendig, Klarheit über den Begriff der Partizipation zu gewinnen.

A) Begriff und Wesen der Partizipation

I) Der Begriff der Partizipation

Die Wortbedeutung des der amerikanischen Politikwissenschaft entstammenden Begriffs der Partizipation⁵⁸⁾ als

57) Drews - Wacke, S.288.

58) Die amerikanische Literatur kann nur ausschnittsweise wiedergegeben werden: Alutto und Belasco, A typology for participation in organizational decision making, in: Administrative Science Quartely 1972, 117 ff; Lane, Political Life, 1959; Milbraith, Political Participation, 1965; Verba, Political Participation and Strategies of influence. A Comparative Study, in: Acta Sociologica 1962, 22 ff; ders., Democratic Participation, in: Annals 1967, weitere Nachweise bei Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (712, Anm.5). Auch die deutschsprachige Literatur zur Partizipation ist kaum mehr zu übersehen; aus der juristischen Literatur sind vor allem zu nennen: Walter und Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.147 ff; 179 ff; ferner Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung? in: Forsthoff-Festschrift 1972, S.9 ff; Dagtoglou, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, 712 ff; Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970; ders., Mitbestimmung im öffentlichen Dienst - innere Kontrolle der Staatsgewalt ZBR 1971, 65 ff; Kisker, Gruppenmitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1972, 520 ff;

Teilhabe oder Teilnahme⁵⁹⁾ wirft sofort eine Reihe von Fragen auf: "wer" partizipiert, "woran" wird partizipiert, "wie" und "warum" wird partizipiert? Erst eine Beantwortung dieser Fragen erschließt Begriff und Wesen der Partizipation. Bislang hat man sich auf eine einheitliche Definition dieses Begriffes noch nicht geeinigt.⁶⁰⁾ Partizipation wird als Sammelbegriff für ganz unterschiedliche Erscheinungen in Staat und Gesellschaft verwendet.

II) Das Wesen der Partizipation

Die Partizipation, von Thieme und Schmitt Glaeser⁶¹⁾ der Staatsideenlehre zugerechnet, ist nach Ipsen⁶²⁾ identisch mit dem Problem der Teilnahme an staatlicher Macht, während Dagtoglou⁶³⁾ eine generelle Einigung darüber zu erkennen glaubt, daß Partizipation die Teilhabe von Betrof-

noch 58) Oberndorfer, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in Österreich, DÖV 1972, 529 ff; Hans H. Rupp, Partizipation und Freiheit, NJW 1972, 1537 ff; ders., Konzentrierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: Hoppmann (Hrsg.), Konzentrierte Aktion, 1971, S.1 ff (7 ff); Schneider, Wirtschaftliche Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, DÖV 1972, 598 ff; Thieme, Partizipation - Demokratie - Bürokratie, in: Recht und Politik, Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik 1972, 68 ff. Vor allem zum politikwissenschaftlichen Schrifttum vgl. die Nachweise oben S.1 f; ferner Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 (Anm. 2-4); Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (181 f, Anm. 5 ff); Blümel, in: Festschrift Forsthoff 1972, S.9 ff, (19 Anm.71); sowie neuerdings Gisela Zimpel, Selbstbestimmung oder Akklamation? Politische Teilnahme in der bürgerlichen Demokratietheorie, 1972.

59) Brockhaus, Enzyklopädie, 14. Band, 1972, S.270.

60) ebenso Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (182); vgl. auch Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (713).

61) Thieme, Recht und Politik, Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik 1972, 68 ff (68); Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (180).

62) Ipsen, VVDStRL 31 (1973), S.295.

63) Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (713); ebenso Muncke, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1972, 230 ff (233).

fenen am Verwaltungshandeln bedeutet und schließlich Oberndorfer⁶⁴⁾ feststellt, daß es sich bei der Partizipation um einen Begriff ohne selbständigen rechtlichen Gehalt handelt. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob Partizipation wirklich ein Begriff ohne eigenen rechtlichen Gehalt ist. Er ist jedenfalls unstreitig ein Begriff, der im Mittelpunkt der Demokratiediskussion der politischen Wissenschaften steht und von hier in das juristische Schrifttum bereits Eingang gefunden hat. Schon deshalb darf er in der Rechtswissenschaft nicht übergegangen werden⁶⁵⁾ und gegen eine Verwendung bestehen erst recht dann keine Bedenken, wenn sie von einer klaren Begriffsbestimmung getragen wird. Auch die Auffassung von Ipsen beruht auf einem zu kritischen Verhältnis zum Wesen der Partizipation. Natürlich kann Partizipation zum Vehikel im Kampf um staatliche Macht werden. Entscheidend für das Verständnis von Partizipation ist aber die Intention, die eine Partizipation verfolgt. Handelt es sich um eine rechtsstaatsverwirklichende Betroffenenpartizipation, dann tritt das Machtproblem in den Hintergrund. Insoweit geht Ipsen von einem verkürzten (wenn auch derzeit sehr realistischen) Begriff der Partizipation aus. Dies gilt in gleicher Weise auch für Dagtoglou. Sicher ist Partizipation auch Teilnahme an staatlicher Macht und auch Betroffenenenteilhabe, sie wird dadurch aber nicht erschöpfend beschrieben. Das Wesen der Partizipation wird deutlicher, wenn sie allgemein als das spontane oder institutionalisierte Zusammenspiel von Personen und Personenmehrheiten, gleichgültig ob mit oder ohne eigener Rechtsperson, zur gegenseitigen Willensabstimmung und Willensbestimmung bezeichnet wird. Die Konturen werden deutlicher, wenn man den Begriff der Partizipation dem

64) Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (529); ebenso Blümel, VVDStRL 31 (1973), 301; ders., in: Festschrift Forsthoff 1972, S.9 ff (19 ff).

65) Darauf weist Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (307 f) in Auseinandersetzung mit Blümel (VVDStRL 31 (1973), S.300 f) zu Recht hin.

der Demokratisierung⁶⁶⁾ gegenüberstellt.⁶⁷⁾ Während Demokratisierung einen Entwicklungsvorgang mit dem Ziel des Abbaus von Herrschaft bezeichnet, ist Partizipation mehr die Beschreibung eines Mittels des Demokratisierungsprozesses im staatlichen Bereich, nämlich als ein Anteil an Herrschaft und Herrschaftsausübung. Partizipation ist insofern enger als der Begriff der Demokratisierung. Die bisherigen Erörterungen zur Frage, was Partizipation ist, ließen nur einige Entwicklungstendenzen erkennen, deshalb trägt das bislang gewonnene Bild auch bloßen Entwurfscharakter, der weiter zu vervollständigen ist.

66) Zur Demokratisierung vgl. vor allem Fetscher, Die Demokratie: Grundfragen und Erscheinungsformen, 1970; Gehlen, Demokratisierung, in: Demokratie und Verwaltung, S.179 ff; Hennis, Demokratisierung, Zur Problematik eines Begriffs, 1970; Kriele, VVDStRL 29 (1971), S.46 ff; Narr-Naschold, Theorie der Demokratie, 1971; Naschold, Organisation und Demokratie, 1971; Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970; v.Simson, VVDStRL 29 (1971), S.3 ff; Zeidler, Der Standort der Verwaltung in der Auseinandersetzung um das Demokratieprinzip, DVBl. 1973, 719 ff.

67) Demokratisierung und Partizipation haben gleiche geistige Wurzeln, dennoch sind sie nicht identisch. Das Wesen beider Erscheinungen kann nur dann erkannt werden, wenn man sie getrennt betrachtet. Die weitgehende Identifikation von Demokratisierung und Partizipation ist ungenau und führt zu einer Verwässerung der Begriffe. Vgl. die wenig exakte Gleichsetzung von Partizipation und Demokratie bei Dagtoglou, Der Private als Fachmann in der Verwaltung, 1964, S.121 (Legitimation von Verwaltungsvorgängen); Dienel, Bürgerinitiative, S.17; Hennis, Ende der Politik? Zur Krise des Politischen in der Gegenwart, in: Der aktive Bürger, S.55 ff (55); Koenig, Verwaltungsreform, S.288 f; Luhmann, Politikbegriffe, S.213; v.Pufendorf, Einführung zum Thema: Partizipation, in: Partizipation, S.5 ff (5); Rammstedt, Zeitschrift für Politik 1970, 343 ff (344 f, 353, 357); Rupp, NJW 1972, 1537 ff (1538); Ryffel, Gedanke, S.199; Scharpf, Demokratietheorie, S.21, 25, 54 ff; Schmidt, Wissenschaftsfreiheit als Berufsfreiheit, Das BVerfG und die Hochschulautonomie, NJW 1973, 585 ff (590); Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, S.355 ff (355). Demo-

1) Der Kreis der Partizipanten

Eine gewisse Abgrenzung ist hier schon vom Thema vorgegeben, denn es geht um bürgerschaftliche Partizipation⁶⁸⁾ in der Überwachungsverwaltung. Die Beteiligung von Personen, Organen, Ämtern und Behörden wegen und kraft ihres Amtes ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Diese organschaftliche Partizipation,⁶⁸⁾ der Mitwirkung von Amts wegen,⁶⁹⁾ ist in erster Linie eine Frage des staatlichen Organisationsrechts und der Delegation von hoheitlichen Befugnissen.⁷⁰⁾ Auch die innerorganisatorische Beteiligung von Bediensteten infolge ihrer Amtszugehörigkeit⁷¹⁾

noch 67) kratie und Partizipation fließen vollends ineinander, wo von politischer Partizipation gesprochen wird, die den primären, auf die Teilhabe am staatlichen Willensbildungsprozeß gerichteten Partizipationsstrang meint, vgl. Steffani, Parlamentarische Demokratie, in: Kritik 3 - Parlamentarismus ohne Transparenz, 1971, S.17 ff (39 ff); dazu noch Eckert, Politische Partizipation und Bürgerinitiative, in: Partizipation, S.30 ff (41); H.H.Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschrift Forsthoff 1972, S.165 ff (167, 173); Zimpel, Selbstbestimmung, S.111, 143 ff.

68) Begriffe von Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (190).

69) Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (714).

70) Zur Delegation hoheitlicher Befugnisse vgl. Dagtoglou, Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben - Die Abgrenzungsproblematik, DÖV 1970, 532 ff; Gallwas, VVDStRL 29 (1971), S.211 ff; Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1971; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S.137 ff; Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970, 526 ff. Zu Organisationsrecht und Sachkompetenz in einem umstrittenen Bereich: Karpen, Polizei und Ordnungsgewalt in der Universität, WissR 1972, 195 (206 ff).

71) Vgl. dazu insbesondere Biedenkopf und Säcker, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211 ff; Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (715 f) Duden, Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, ZRP 1972, 29 ff; Ellwein u.a., Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1969; Guillaume, Demokratisierung der Personalpolitik in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 1971, 171 ff; Hoffmann, Mitbestimmung in Kommunalunternehmen und im öffentlichen Dienst, Gesellschaftspolitische Kommentare 1971, 193 ff; Kisker, DÖV 1972, 520 ff; Leisner, Mitbestimmung, insbesondere S.9 ff, 24 ff; ders., ZBR 1971, 65 ff; Müller, Zur

ist hier nicht angesprochen. Das spezifische Handeln der Überwachungsbehörden ist die die Umwelt beeinflussende Gefahrenabwehr und auf die außerhalb der Behörde stehenden Bürger gerichtet. Bürgerschaftliche Partizipation ist die Teilnahme dieser verwaltungsexternen Betroffenen am Verwaltungshandeln. Kennzeichnendes Kriterium der bürgerschaftlichen Teilhabe ist damit die Betroffenheit. Als erstes Zwischenergebnis ist insoweit festzuhalten, daß in der Überwachungsverwaltung grundsätzlich der vom Verwaltungshandeln Betroffene zur Partizipation aktivlegitimiert ist.

Ein Bürger ist zunächst jedenfalls dann durch behördliches Handeln betroffen, wenn die Behörde in seine subjektiven Rechte eingreift. Dabei ist es gleichgültig, ob der hoheitliche Eingriff direkt erfolgt, der Bürger also Adressat der behördlichen Willensäußerung ist oder die Rechte des Bürgers nur mittelbar durch ein an einen anderen gerichtetes Handeln tangiert werden. Entscheidend ist also nicht die beabsichtigte Zielrichtung, sondern die eingetretene Wirkung des Verwaltungshandelns. Subjektive Rechte können auch durch Handlungen gegenüber Dritten be-

noch 71) Problematik der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Gesellschaftspolitische Kommentare 1971, 181ff; Naschold, Organisation und Demokratie, 1971; Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen unter dem Grundgesetz, 1972; Ritter, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst oder Privatisierung des Staatswesens, JZ 1972, 107 ff; Schick, Beamtenrecht - Beamtentum - Beamte, JZ 1976, 449 ff; Schneider, DÖV 1972, 598 ff; Thieme und Schäfer, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Gutachten und Referat zum 48.DJT 1970, Abt. D; Windscheid, Zur Frage der "Mitwirkung" oder "Mitbestimmung" in personellen Angelegenheiten der Beamten, Personalvertretung 1971, 49 ff; Wössner, Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften aufgrund vertraglicher Stimmbrechtsbindung, Diss. Frankfurt 1972.

einträchtigt werden⁷²⁾. Die Rechtsprechung hat dem im Bereich der Überwachungsverwaltung durch die Zulassung der baurechtlichen Nachbarklage entsprochen.⁷³⁾ Ob der Dritte durch ein nicht gegen ihn gerichtetes Handeln rechtlich betroffen ist, ist deshalb vor allem eine Frage des Bestehens und der Reichweite eines subjektiven Rechts.⁷⁴⁾ Die gleiche Frage stellt sich beim behördli-

-
- 72) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (271 f) m.z.N.; Friauf, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966, S.40 f; ders., VVDStRL 27 (1969), S.1 ff (7 ff); ders., Sondersteuern als verfassungsgerechtes Mittel zur Eindämmung des Straßen-Güterverkehrs? BB 1967, 1345 ff (1347); Gallwas, Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte, 1970, S.51 ff; Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S.71 ff; Isen, Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater, AöR 90 (1966), S.393 ff (426 ff, 429); Lerche, Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 1961, 486 ff (490); Vogel, VVDStRL 24 (1966), S.125 ff (151 ff).
- 73) Hier ist also schon eine gewisse Konkretisierung des Eingriffsbildes (Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (126 f)) verwirklicht, vgl. BVerwG v. 28.4.1967, DVBl. 1968, 30; v. 5.5.1970, NJW 1970, 1939; v. 17.2.1971, DVBl. 1971, 754 ff (755); OVG Münster v. 4.2.1971, VerwRspr. Bd.22 (1971), S.954 ff; aus der Literatur vor allem Bartlsperger, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch 60 (1969), S.35 ff; ders., Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Bau-nachbarklage, DVBl. 1971, 723 ff; Dyong, Die öffentlich rechtliche Nachbarklage im Baurecht, BBauBl. 1971, 524 ff; Evers, Das BVerwG und der Nachbarschutz im unbeplanten, im Zusammenhang bebauten Ortsteil, DVBl. 1970, 12 ff; Redeker, Zu den subjektiv-öffentlichen Rechten und den nachbarschützenden Vorschriften des Baurechts, DVBl. 1968, 7 ff; vgl. ferner die zahlreichen Nachweise auf Rechtsprechung und Literatur bei H.J. Wolff, VwR III, vor § 136 I (S.135); VI d (S.148 f).
- 74) Vgl. auch § 21 EVwVerfG, wo der Kreis der Anhörungsberechtigten auf diejenigen erstreckt ist, deren rechtliche Interessen berührt sind; siehe auch H.J. Wolff, VwR III, § 156 III b 1 (S.277); zum subjektiv-öffentlichen Recht vgl. noch neuerdings Schwabe, Mißdeutungen um das "Elfes-Urteil" des BVerfG und ihre Folgen, DÖV 1973, 623 ff (627 ff). Schwabe setzt sich zwar kritisch mit durch die neuere Lehre vertretenen Ansichten zum subjektiven Recht und seine Ableitung aus den Grundrechten (Bernhardt, JZ 1963, 302 ff) einerseits und aus dem einfachen Gesetz (BVerwG v.6.12.1967, BVerwGE 28, 268 ff, 271; Henke, Das subjektive Recht, 1968, S.52; Rupp, Grundfragen, S.162 ff, 221 ff) andererseits auseinander, ohne jedoch die Diskussion, wann eine subjektive Berechtigung vorliegt, voranbringen zu können (vgl. S.630).

chen Unterlassen, so wenn die Behörde das beantragte Einschreiten gegen eine Störung ablehnt.

Der Dritte und der Antragsteller sind nach der Schutznormtheorie nur dann betroffen, wenn sie die Verletzung einer Norm geltend machen können, die zumindest auch in ihrem Interesse bestand. Das Problem der Suche nach solche Rechte einräumenden Vorschriften ist auch im Überwachungsrecht noch weitgehend ungelöst. Zwar hat man die Auffassung aufgegeben, daß alle Vorschriften der Gefahrenabwehr nur der Allgemeinheit und nicht dem einzelnen zu dienen bestimmt sind⁷⁵⁾ und diesem nur Rechtsreflexe⁷⁶⁾ gewähren, jedoch liefert auch die im Anschluß an ein Urteil des BVerwG vom 18.8.1960 entwickelte Meinung,⁷⁷⁾ daß im Einzelfall auch ein Anspruch auf behördliches Tätigwerden bestehen könne, keine einsichtigen Kriterien dafür, wann der Umschlag vom Rechtsreflex in ein subjektives Recht erfolgen solle.

Auch die Vermutungstheorie,⁷⁸⁾ nach der aus Art. 19 IV GG folgen soll, daß im Zweifel diejenige Interpretation einer Gesetzesnorm vorzuziehen sei, die dem Bürger einen Rechtsanspruch gewährt, hilft nicht weiter. So gibt z.B. die ordnungsbehördliche Generalklausel für eine solche Interpretation nichts her. Es fragt sich, ob die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Recht angesichts der damit verbundenen Zweifel überhaupt sinnvoll ist.⁷⁹⁾

75) Sofern nicht gesetzlich ausdrücklich etwas anderes normiert ist, vgl. Drews - Wacke, Polizeirecht, S.162,463; Ule - Rasch, S.59 ff; OVG Münster v. 15.4.1964, GewArch 1964, 154 ff (155); OVG Lüneburg v. 30.6.1960, DVB1. 1960, 648 f; v. 10.5.1963, DÖV 1963, 769 f.

76) H.J. Wolff, VwR I, § 43 I b 1 (S.289 f); vgl. auch Hans H. Rupp, Grundfragen, S.268 ff; Tschira/Schmitt Glaeser, Grundriß, S.81 m.w.N..

77) BVerwGE 11, 95 ff(97) = DVB1. 1961, 125 ff (126); mit Anm. Bachof, DVB1. 1961, 128 ff (131); ders., Verfassungsrecht, 1.Bd., 2.Teil, II B 97; Sehr deutlich in diesem Sinne VG Schleswig v. 22.9.1971, GewArch. 1972, 267 ff (268).

78) BVerfG v. 5.2.1963, BVerfGE 15, 275 ff (281 f); Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 37 zu Art.19 IV m.w.N..

79) Für eine Aufhebung des Gegensatzes von objektivem und subjektivem Recht spricht sich nachdrücklich Brohm aus, vgl. VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (272 ff).

Für die Feststellung, wer partizipationsberechtigt sein soll, ist allerdings daraus eine Antwort kaum zu gewinnen. Jedenfalls darf sich aber die Unsicherheit nicht zum Nachteil des Bürgers auswirken, der in hohem Maße auf ein behördliches Einschreiten zur Gefahrenabwehr angewiesen ist. Deshalb ist der Antragsteller jedenfalls dann betroffen, wenn die Behörde seinen Antrag ablehnt und das Interesse des Antragstellers schutzwürdig und schutzwürdig im Sinne eines berechtigten Interesses ist.⁸⁰⁾

Während bislang nur erörtert wurde, wann der einzelne Bürger betroffen ist, ist die weitere Frage, ob auch Personenmehrheiten vom Handeln der Überwachungsbehörden betroffen sein können.⁸¹⁾ Auch hier ist nur eine differenzierende Aussage möglich. Eine mit eigener Rechtsperson ausgestattete Personenmehrheit wie Verband oder eingetragener Verein ist immer dann, nicht anders wie bei einer natürlichen Person, in ihren Rechten betroffen, wenn in ihre Rechtstellung oder ihre satzungsgemäße Betätigung eingegriffen wird.⁸²⁾ Fraglich ist eine Betroffenheit des

80) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (226).

81) Diese Frage wird jüngstens unter der Perspektive "Klagerecht für Verbände" heftig diskutiert; vgl. Bettermann, Zur Verbandsklage, ZVP Bd.85 (1972), S.133 ff; ders., AöR 96 (1971), S.528 ff (546); Bleckmann, Die Klagebefugnis der Verbände im Anfechtungsprozeß, VerwArch Bd.63 (1971), S.183 ff; Faber, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, 1972; Hofmann, Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl.1972, 524 ff; ders., Nochmals: Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl. 1973, 265 f; Leeb, Nochmals: Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl. 1972, 633 f; v.Mutius, VerwArch Bd.64 (1973), S.311 ff; Naumann, Klagebefugnis von Verbänden im Verwaltungsprozeß, DOV 1971, 378 ff; Pfeifer, BaWüVBl. 1972, 81 ff; Rehbinder - Burgbacher - Knieper, Bürgerklage im Umweltrecht, 1972, S.152; Rupp, Popularklage im Umweltschutz, ZRP 1972, 32 ff; Säcker, DB 1972, 202 ff; Salzwedel, Zeitschrift für Wasserrecht 1971, 86 ff; Schäfer, Umwelt 1972, 4 ff; Schroer, Grundzüge des schwedischen Umweltschutzgesetzes, DVBl. 1971, 813 ff; Stich, Notwendigkeit und Inhalt eines modernen Naturschutz- und Landschaftspflegerechts, DVBl. 1972, 201 ff; Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971; Ule, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl. 1972, 437 ff (445); ders., Zur Verpflichtungsklage im Umweltschutzrecht, BB 1972, 1076 ff (1080);

Vereins jedoch, wenn der Verein die Individualrechte seiner Mitglieder in der Satzung zum Vereinszweck erhebt und diese für die Gemeinschaft ausübt. Hier mögen wohl mancherlei Gründe dafür sprechen, eine eigene Betroffenheit des Vereins und damit auch ein eigenes Klagerecht im Verwaltungsstreitverfahren einzuführen.⁸³⁾ Tatsächlich würde dies aber nichts daran ändern, daß es sich dabei um einen Fall der Prozeßstandschaft handelt⁸⁴⁾ und allein die Vereinsmitglieder als die Betroffenen anzusehen sind.

2) Die Formen der Partizipation

Der Vielgestaltigkeit der Partizipation entspricht eine Vielfalt der Formen der Partizipation. Die hier vorgenommene Beschränkung auf rechtsstaatliche Partizipation bestimmt jedoch bereits weitgehend die Partizipationsmodalität. Während nämlich die mehr im Demokratiedenken

noch 81) Zwanzig, Popularklage oder Verbandsklage, Natur und Landschaft 1972, 94 ff.

noch 82) vgl. BVerfG v.19.12.1967, BVerfGE 23, 12 ff(30) = NJW 1968, 739; v. 16.10.1968, BVerfGE 24, 236 ff (246f); insbesondere OVG Lüneburg v.23.10.1968, NJW 70, 773 = VerwRspr 21 (1970), S.376 ff (378 f).

83) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (300 f) betont die größere Durchschlagkraft des Vereins und die Übernahme des Prozeßrisikos; Ule, DVBl. 1972, 437 ff (445) weist auf die besondere Bedeutung des Umweltschutzes für die Allgemeinheit hin; Redeker, Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch, DVBl. 1968, 7 ff (7) meint, daß die Betroffenen bei der Ansiedlung großer Industriebetriebe nur über Verbände in den Verfahren bei der Verwaltung und vor den Gerichten mitwirken können.

84) Ebenso ausdrücklich VGH Mannheim, vom 23.2.1972, NJW 1972, 1101 ff = MDR 1972, 719 ff = BBauBl. 1972, 529 ff = BauR 1973, 32 ff; vgl. ferner BayVGh v. 2.2.1973, BayVBl. 1973, 211 ff; ablehnend zur Verbandsklage auch OVG Koblenz v.23.10.1972, ZBR 1973, 109 ff.

wurzelnden Partizipationsformen wie Bürgerinitiativen,⁸⁵⁾ Bürgerforen⁸⁶⁾ und Planungsbeiräte⁸⁷⁾ sich für ihre Wirksamkeit eine Spontaneität der Teilnahme bewahren müssen,⁸⁸⁾ muß rechtsstaatliche Partizipation immer ein gewisses Maß an Institutionalisierbarkeit und Form aufweisen, um jedem Bürger in gleichgelagerten Fällen in gleicher Weise einen Einfluß auf die Willensbildung der Behörde zu sichern.

-
- 85) Vgl. dazu Eckert, Politische Partizipation und Bürgerinitiative, in: Partizipation, S.30 ff; Minssen, Die Arbeitsgemeinschaft für Bürgerinitiative, in: Partizipation, S.168 ff; dazu auch der Bericht in der FAZ v. 23.6.1972, S.8; Dienel, Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, Zur Partizipation an Planungsprozessen, in: Der aktive Bürger, S.16 ff (insb. S.20 ff); ferner: Bürgerinitiativen, Schritte zur Veränderung? Hrsg. von Heinz Großmann, Fischer Bücherei N.1233, 1971; Dittberner, Bürgerinitiative als partiellles Partizipationsbegehren. Überlegungen aus Anlaß eines städtebaulichen Entscheidungsprozesses in Berlin-Wilmersdorf, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1973, 194 ff; Joerger, Bürgerinitiativen in der Schweiz, in Frankreich und in Deutschland, Der Städtetag 1973, 419 f; Bürgerinitiativen in Bayern. Eine Untersuchung des Bayerischen Innenministeriums, Bayerische Staatszeitung und Bayerischer Staatsanzeiger 1973, Nr.34 v. 24.8.1973, S.4; Bericht einer Forschungsgruppe an der Freien Universität Berlin, Zur Rolle und Funktion von Bürgerinitiativen in der Bundesrepublik und West-Berlin - Analyse von 61 Bürgerinitiativen, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1973, 247 ff. Vgl. auch noch Höbel und Seibert, Bürgerinitiativen und Gemeinwesenarbeit, 1973.
- 86) Vgl. dazu das Münchner Diskussionsforum für Entwicklungsfragen e.V. von 1968, das alle Stadtentwicklungsmaßnahmen diskutierend begleitet. Dazu insbesondere Pflaumer, Öffentlichkeit und Verwaltung in einem demokratischen Planungsprozeß, 1970; Hoffmann und Patellis, Demokratie als Nebenprodukt. Versuch einer öffentlichen Planung, 1971; dies., Öffentliche Planung - z.B. das Münchner Modell "Lehel", Baumeister 1971, 101 ff.
- 87) Mit diesem Typus der Beteiligungsformen soll erreicht werden, den Planungsträger durch breiten Konsens in seiner Verantwortung zu entlasten und zu unterstützen und durch seine Offenheit für Transparenz im Planungsvorgang zu sorgen; vgl. dazu H.W.Müller, Die Bürgerbeiräte in den Großstadtgemeinden der Bundesrepublik, Diss., Mainz 1971.
- 88) Zimpel, Selbstbestimmung, S.208: Demokratie kann nicht durch eine Stimulation der Partizipationshäufigkeit gerettet werden, sondern sie fordert von den Bürgern, daß sie immer dann aktiv werden, wenn die Situation es erfordert.

Die gesetzlich normierten rechtsstaatlichen Partizipationsformen sind als Begriffe bekannt, wie z.B. Anhörung oder rechtliches Gehör und Erörterung. Wegen fehlender gesetzlicher Begriffsbestimmung herrscht aber über den materiellen Inhalt der einzelnen Beteiligungsform keine Einigkeit. Diese Lücke haben Rechtsprechung und Literatur durch kasuistische Definitionen aufzufüllen versucht. So soll die Mitwirkungsform des "Benehmens" eine der schwächsten Mitwirkungsformen sein, die nur etwas stärker ist als die Anhörung, aber schwächer als die des Einvernehmens und der Zustimmung.⁸⁹⁾ Auf jeden Fall soll darin eine Billigung des ihr unterbreiteten Ergebnisses einer fremden Willensbildung durch die genehmigende Stelle liegen.⁹⁰⁾ Andererseits soll die "Anhörung" in der Skala der Mitwirkungsrechte zwar stärker sein als ein bloßes Informationsrecht (wessen?), aber weniger als die Beratung.⁹¹⁾ Noch diffiziler wird es dort, wo von "Beteiligung" oder "Abstimmung" gesprochen wird. So schließt die "Beteiligung" in sich Anhörung mit Gelegenheit zur Stellungnahme und Erörterung sowie Zubilligung eines Vorschlagsrechtes ein, erfordert jedoch nicht, daß ein Einvernehmen erzielt werden muß.⁹²⁾ Schließlich erfordert die "Abstimmung" von Bauleitplänen nach § 2 Abs.4, 5 BBauG die Rücksichtnahme auf die benachbarten Gemeinden nach den Maßstäben des § 1 Abs.4, 5 BBauG.⁹³⁾ Diese Definitionen lassen bei aller scheinbar spitzfindigen Diffe-

89) Fickert, Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz und seine Handhabung im Baugenehmigungs- und Rechtsmittelverfahren, DVBl. 1964, 173 ff (173).

90) BaWüVG v. 25.11.1971, Az. IV 497/70 (soweit ersichtlich nicht veröffentlicht).

91) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, Komm., § 24 Rdnr. 19.

92) Grabendorff, BBG, Komm., 1958, Erl.2 zu § 94.

93) BVerwG v. 8.9.1972, MDR 1973, 74 ff (76) = DVBl. 1973, 35 ff (36 f) = DOV 1973, 200 ff.

renzierung doch erkennen, daß die zentrale Partizipationsform die Anhörung ist, an der sich die Inhaltsbestimmungen anderer Beteiligungsformen ausrichten. Die Anhörung beinhaltet für den Anhörungsberechtigten das Recht, sich zu allen Tat- und Rechtsfragen, die der Entscheidung zugrundeliegen, äußern zu können und für den Anhörungsverpflichteten die Pflicht, bei seiner Entscheidung keine Tatsachen zugrunde zu legen, zu denen der Betroffene keine Möglichkeit der Äußerung hatte.⁹⁴⁾ Die von der Anhörung nicht immer deutlich abgehobene Erörterung⁹⁵⁾ statuiert dagegen die Verpflichtung für die Behörde zur Führung eines umfassenden Tatsachen- und Rechtsgesprächs.⁹⁶⁾ Diese Begriffserklärung soll für eine erste Orientierung ausreichen.

3) Die Bedeutung der Partizipation

Der Wert und die Bedeutung der Partizipation ist im Grundsatz unbestritten.⁹⁷⁾ Sowohl der Partizipationsgewährende als auch der Partizipierende erzielen aus der damit verbundenen kooperativen Zusammenarbeit vielfachen Gewinn. Selbst wenn man die hier immer mitschwingenden sozial-ethischen Wertvorstellungen beiseiteläßt,⁹⁸⁾ bleiben Be-

94) Diese Definition, die in dieser Form auch Eingang in die normativen Regelungen des § 87 I 1 LVerwG SchlH und § 22 I EVwVerfG 1963 gefunden hat, knüpft an den Inhalt und Umfang des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs vor Gericht gemäß Art. 103 I GG an. Vgl. dazu noch Musterentwurf, S.124 f; König, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl. 1959, 189 ff (193); BVerfG v. 14.4.1959, BVerfGE 9, 261 ff (266).

95) So soll nach einem Erlaß des Reichswirtschaftsministeriums vom 15.10.1936 (abgedruckt bei Eisner-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, 2. Aufl., I, S.233) die nach § 8 EnergiewirtschaftsG vorgesehene Anhörung zu einer umfassenden Erörterung führen, vgl. dazu BGH v. 14.6.1954, DVBl. 1954, 431 f (431); vgl. auch noch oben S.43 Anm.92.

96) So ausdrücklich Schütz-Frohberg, BBauG, Anm.3 zu § 66; Heitzer-Oestreicher, BBauG, Komm., § 66 Anm.3; Kopp, Verfassungsrecht, S.35; vgl. noch zum Inhalt von Anhörung und Erörterung BayVerfGH v. 26.9.1968, VerwRspr. Bd.20 (1969), S.376 ff (378 f) m.w.N..

97) Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (718).

gründungen von ernst zu nehmender rechtlicher Relevanz. Während dabei vielfach vor allem auf die Partizipation als Möglichkeit der Selbstverwirklichung und Selbstbestimmung hingewiesen wird,⁹⁹⁾ bietet die Partizipation aus rechtsstaatlicher Sicht ein Mittel der Verbesserung der Entscheidungsqualität¹⁰⁰⁾ und des Rechtsschutzes. Wird dies schon in hohem Maße durch die verbesserte Information der Behörde,¹⁰¹⁾ der Einschaltung des Betroffenen in einem Zeitpunkt, in dem seine Angelegenheit noch nicht entschieden ist¹⁰²⁾ und durch die mit der Partizipation verbundenen Kontrolle der Verwaltung¹⁰³⁾ sowie einen ver-

noch 98) Vgl. dazu Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (182); die therapeutische Wirkung der Partizipation betont Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (719).

99) Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (712); Dienel, Partizipation, S.152; treffend Ellwein, Einführung, Bd.1, S.136 f: "Die Freiheit des Menschen besteht in der Freiheit der Entscheidung"; dezidiert Mayntz, Funktionen der Beteiligung, in: Demokratie und Verwaltung, S.341 ff (341); Muncke, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1972, 230 ff (233); Ryffel, Gedanke, S.196; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (189); Ule, Verwaltungsreform, S.64; Zimpel, Selbstbestimmung, S.203 ff, insb. S.207; vgl. auch BVerfG v. 26.5.1970, BVerfGE 28, 314 ff (323); kritisch zum Wert der Selbstbestimmung Scharpf, Demokratietheorie, S.58 ff. Zu Recht weist er darauf hin, daß der Partizipierende wegen der Ausdehnung und Differenziertheit des politischen Bereichs, Entscheidungen über sich ergehen lassen müsse, an denen er nicht beteiligt war.

100) Dagtoglou, Der Private, S.131 f m.w.N.; Mayntz, Funktionen der Beteiligung, in: Demokratie und Verwaltung, S.341 ff (341); Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (532).

101) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (188); Luhmann, Legitimation, S.213 f; Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (718).

102) Vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (204).

103) Brohm, Art. Städtebau III, Staatslexikon, 3. Ergänzungsband, 1970, Sp.345; Dagtoglou, Der Private, S.127 f, 131; König, DVBl. 1959, 189 ff (191); Kube, Zur Notwendigkeit der Demokratisierung der Bebauungsplanung im ländlichen Raum, DÖV 1972, 118 ff (121); Kopp, Verfassungsrecht, S.119 m.z.N..

muteten Interessenausgleich¹⁰⁴⁾ erreicht, so muß darüber hinaus die Partizipation besonders in ihrer Bedeutung für die "Maßbestimmung" (Schmitt Glaeser) des hoheitlichen Handelns erkannt werden. Wenn die Bestimmung des Gemeinwohls nicht mehr allein Sache des Staates ist,¹⁰⁵⁾ so bedeutet dies spezifisch für die Überwachungsverwaltung, daß die Maßbestimmung behördlichen Handelns dem Bürger und der Verwaltung als gemeinsame Sache aufgegeben ist. Es ist eine praktische Umsetzung dieser Überlegung, wenn hier mit der herrschenden Auffassung gesagt wird, daß die Beseitigung einer Störung dem Verursacher obliegt und es Sache der Behörde ist, die Erfüllung dieser Verpflichtungen zu überwachen. Gefahrenabwehr durch kooperative Zweck-Mittel-Setzung seitens Behörde und Bürger, das ist die Bedeutung und die Chance rechtsstaatlicher Partizipation. Diesem Anliegen muß die Ausgestaltung der Partizipationsmodalitäten Rechnung tragen können und dies ist bei der Herstellung der konkreten verfassungsrechtlichen Bezüge zu beachten.

B) Partizipation in der Überwachungsverwaltung - Bestandsaufnahme und Bestandsanalyse

Nunmehr ist es möglich, die normativen Regelungen für die Überwachungsverwaltung und die Verwaltungswirklichkeit

104) Die Folge ist eine Befriedigung des Bürgers (Krause, Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwArch Bd.61 (1970), S.297 ff (306)) und die Neigung, die getroffenen Entscheidungen als verbindlich anzuerkennen; Dagtoglou, DVBl. 1972, 712 ff (718); ders., Der Private, S.135 f; Harnischfeger, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, S.140 ff; Ihle, Vertrag, S.98 f; Luhmann, Soziologie des politischen Systems, in: Soziologische Aufklärung, 1970, S.154 ff (159); ders., Theorie, S.20, 67 ff; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff (189); Ule, Verwaltungsreform, S.64; vgl. noch Krüger, Staatslehre, S.981: "daß erst die Chance der wechselnden Interessenpräsentanz dem Gesetz seine generelle Anerkennung sichert".

105) Dazu ausführlich Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (192) unter Hinweis auf P.Häberle.

auf Erscheinungen bürgerchaftlicher Teilhabe zu untersuchen, um sodann anhand des von der Partizipation gewonnenen Bildes diese Erscheinungsformen zu analysieren und auszufiltern.

I) Bestandsaufnahme bürgerchaftlicher Beteiligungsformen

Erscheinungen bürgerchaftlicher Beteiligungen sind dem Überwachungsrecht nicht fremd. Zwar finden sich im Grundgesetz keine relevanten Hinweise und auch die Länderverfassungen beinhalten nur allgemeine, für die Gefahrenabwehr zu wenig konkrete Programmsätze,¹⁰⁶⁾ jedoch enthalten die unterverfassungsrechtlichen Rechtsnormen eine Fülle von Mitwirkungsrechten.¹⁰⁷⁾

So ist zunächst auf die verschiedenen Anhörungsrechte hinzuweisen, nämlich auf die des Nachbarn im Baugenehmigungsverfahren,¹⁰⁸⁾ die des Werbebeirats in den Fällen der Versagung einer Baugenehmigung bei Anlagen der Außenwerbung,¹⁰⁹⁾ die Anhörung der beteiligten Kreise bei der Aufstellung des Katalogs der überwachungsbedürftigen Anlagen gemäß § 24 Abs.1 GewO und schließlich die Anhörung vor der Anordnung der Verwertung oder Unbrauchbarmachung von sichergestellten Gegenständen.¹¹⁰⁾ Die Anhörungsrechte werden vor allem mit dem Informationsbedürfnis der Behörde begründet¹¹¹⁾ und nur im Zusammenhang mit der Verwertung der sichergestellten Sachen wird auch auf das

106) Art. 56 hmb LVerf; Art.17 IV ba-wü LVerf; Art.17 berl LVerf; Art.38 III, 60 I hess LVerf; Art.10 II, 26 nw LVerf; Art.39 I 1, II, 70 rhpf LVerf.

107) Hier wird zunächst zwischen Mitwirkungsrechten und Mitentscheidungsrechten im Sinne einer Letztentscheidungsbefugnis unterschieden. Beim Entscheidungsbegriff wird auf diese Differenzierung zurückgekommen.

108) Vgl. nur § 68 I 2 hess BauO.

109) § 68 V hess BauO.

110) § 21 III 1 hess SOG.

111) Müller, Das Baurecht in Hessen, Teil I B 1, § 68 Anm. 2 a; Landmann - Rohmer - Eyermann - Fröhler, GewO, § 24 Anm.19.

Rechtsstaatsprinzip verwiesen.¹¹²⁾

Ein Beratungsrecht ist den technischen Ausschüssen gemäß § 24 Abs.4 Satz 2 GewO im Zusammenhang mit dem Verfahren zu den Überwachungsbedürftigen Anlagen gemäß § 24 GewO eingeräumt; seine Beratung hat der Ausschuß in die Form von Vorschlägen zu kleiden.

Ein sehr bedeutungsvolles und typisch Überwachungsrechtliches Mitwirkungsrecht ist die bereits erwähnte Abwendungsbefugnis des Ordnungspflichtigen.¹¹³⁾ Nach diesem Vorschlagsrecht ist dem Betroffenen auf Antrag zu gestatten, ein anderes, ebenso wirksames Mittel zur Abwehr der Störung anzuwenden. Da beim Vorliegen dieser Voraussetzungen die Behörde an den Vorschlag gebunden ist,¹¹⁴⁾ ist die Abwendungsbefugnis ein Mitwirkungsrecht von großer materieller Bedeutung. Als Grund dieser Regelung wird allgemein genannt, daß es nicht die Aufgabe der Polizei ist, ein bestimmtes Mittel anzuwenden, sondern das Ziel jedes gefahrenabwehrenden Handelns allein die Beseitigung der Störung¹¹⁵⁾ ist.

Schließlich verpflichtet die in § 19 Abs.2 Satz 1 GewO normierte Erörterung der Einwendungen im Genehmigungsverfahren nach §§ 16 ff GewO zur gegenseitigen umfassenden Unterrichtung¹¹⁶⁾ und ist für die Verwaltung vor allem ein Mittel, den für ihre Entscheidung wesentlichen Sach-

112) Bernet-Groß, hess SOG, § 21 Anm.4.

113) Vgl. die in Anschluß an § 41 II 3 pr PVG ergangenen Länderbestimmungen: §§ 4 III hmb SOG; 36 br PG; 8 hess SOG; 30 II nds SOG; 21 nrw OBG; 49 II rhpf PVG.

114) Müller - Heidelberg und Clauss, nds SOG, S.141; Ule - Rasch, S.181.

115) Drews - Wacke, S.287; Schneider, hess PolG, § 8 Anm.1 (S.22); Scheer, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, S.87.

116) Landmann - Rohmer - Eyermann - Fröhler, GewO, § 19 Rdnr.4.

verhalt zu ermitteln.¹¹⁷⁾

Damit sind die im Überwachungsrecht enthaltenen Mitwirkungsrechte genannt. Da es im Bereich der Überwachungsverwaltung kein bürgerschaftliches Mitentscheidungsrecht gibt, wäre damit die Bestandsaufnahme abgeschlossen. Jedoch blieben bislang verschiedene Formen des Zusammenwirkens von Bürger und Verwaltung ungenannt, die sich nicht in die vorgenommenen Gruppierungen der Mitwirkungs- und Mitentscheidungsrechte einordnen lassen.

Zunächst sind die verschiedenen Informationspflichten der Behörden zu nennen, die zum Teil dem Bürger ein Handeln der Behörde ankündigen¹¹⁸⁾ oder den Bürger in die Lage versetzen, Informationen für die Wahrnehmung weitergehender Rechte zu erlangen.¹¹⁹⁾ Ebenfalls zu den behördlichen Informationspflichten zählt die öffentliche Kundgabe über die Errichtung eines genehmigungsbedürftigen Unternehmens an eine bestimmte Vielheit von Bürgern mit der Aufforderung, Einwendungen gegen das Vorhaben innerhalb bestimmter Fristen zu erheben.¹²⁰⁾

117) Landmann - Rohmer - Eyermann - Fröhler, GewO, § 19 Rdnr.6; auch hier wird die Nähe von Erörterung und Anhörung wieder deutlich.

118) So hat der Anwendung polizeilicher Zwangsmittel eine Androhung voranzugehen, vgl. dazu §§ 13 VwVG; 55 prVG; 34 II ba-wüPG; 18 hmbVwVG; 17 brVwVG; 27, 29 hess SOG; 4 Satz 2 hessVZwG; 37 nds SOG; 62 nrw VwVG; 54 I rhpf PVG; 202 schlh LVwG. Durch die Ankündigung erhält zudem der Adressat noch die Möglichkeit, dem Verlangen der Behörde noch nachzukommen, vgl. dazu von der Groeben/Knack, LVwG SchlH, § 202 Anm.1; Bernet-Groß, hess SOG, § 27 Anm.2; Müller-Heidelberg, nds SOG §§ 37 Anm.2 b, 29 Anm.1 b.

119) So ist die von § 68 I 4 hess BauO erwähnte Benachrichtigung Voraussetzung der in § 68 I 1 hess BauO postulierten Anhörung der Nachbarn. Die Behörde hat Akteneinsicht dann zu gewähren, wenn der Anzuhörende nur so von den Einzelheiten Kenntnis erlangen kann, vgl. Müller, Baurecht, § 68 Anm.2a (S.20).

120) Vgl. die in § 17 II 1 GewO gebotene Veröffentlichung, die eine Information der Behörde ist. Dazu auch P.Häberle, Interesse, S.91.

Auch die Antragstellung seitens des Bürgers ist für diesen eine Möglichkeit, auf das Handeln der Behörde einzuwirken. Dazu gehört der Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung¹²¹⁾ ebenso wie der auf Genehmigung eines Gewerbebetriebes,¹²²⁾ auf Wahrnehmung des Schutzes privater Rechte,¹²³⁾ der Aufhebung von gegenstandslosen Verfügungen¹²⁴⁾ sowie auch der auf Anerkennung des Gewaltinhabers als allein Verantwortlicher im Rahmen der polizeilichen Zustandshaftung.¹²⁵⁾ Handlungsvoraussetzung für ein Tätigwerden der Behörde ist auch die Unterwerfung des Adressaten im Rahmen eines VAes auf Unterwerfung.¹²⁶⁾ Und letztlich schafft auch der bereits erwähnte und in der Verwaltungswirklichkeit sehr verbreitete verwaltungsrechtliche Vertrag die Möglichkeit des Einwirkens auf die Verwaltung.

II) Ausfilterung der irrelevanten Beteiligungsformen

Eine Bestandsanalyse, die die Abgrenzung von Mitwirkungserscheinungen im Bereich des Rechts der Überwachungsverwaltung zwischen partizipativen und nicht partizipativen Beteiligungen zum Ziel hat, muß davon ausgehen, daß Partizipation eine gegenseitige Willensabstimmung und Willensbestimmung ist. Dies ist zunächst von Bedeutung für die oben erwähnten Antragsrechte und Verwaltungsakte auf Unterwerfung. Zwar kann man bereits dann von einer teilnehmenden Einflußnahme auf die Tätigkeit der Verwal-

121) § 67 I 1 hess BauO.

122) § 17 I GewO.

123) Dies ist vorgesehen in §§ 2 brPG, 2 II bw PG sowie sinngemäß auch § 3 hess SOG.

124) §§ 43 pr PG; 9 hess SOG; 32 nds SOG; 22 nw OBG; 51 rhpf PVG; 38 br PG.

125) §§ 20 II 2 pr PVG; 14 II 2 hess SOG.

126) So können im Baugenehmigungsverfahren Ausnahmen und Befreiungen gemäß § 75 IV Ziff.1 hess BauO befristet, unter auflösender Bedingung bzw. unter dem Vorbehalt eines Widerrufs erteilt werden, wenn der Antragsteller damit einverstanden ist.

tung sprechen, wenn die Verwaltung zu einem Tun oder Unterlassen veranlaßt wird, Partizipation erschöpft sich aber nicht darin, sondern sucht die Einflußnahme auf den Inhalt des Verwaltungshandelns. Partizipation hat somit eine formelle und eine materielle Komponente. Diese materielle Komponente ist bei den genannten zustimmungsbedürftigen VAen oder solchen auf Unterwerfung von vornherein nicht gegeben,¹²⁷⁾ weil weder Antrag noch Unterwerfung den Inhalt des Verwaltungsaktes beeinflussen können.

Diese Überlegungen führen auch dazu, daß den vielfältigen Informationspflichten der Behörde nicht weiter nachgegangen wird. Hierbei handelt es sich nicht um Einflußnahme des Bürgers auf die Verwaltung, sondern der Informationsfluß ist gerade umgekehrt von der Verwaltung auf den Bürger gerichtet.¹²⁸⁾ Eine größere Beschränkung des Themas ist damit aber nicht verbunden. Die Partizipationshilfen wie Informationen, Auskünfte, Beratungen und Akteneinsichtsgewährungen haben kaum eine isolierte Bedeutung, sondern gewinnen ihre Relevanz auch für das Thema erst in ihrer Abhängigkeit von weitergehenden Mitwirkungsrechten, denen sie zuzurechnen sind.¹²⁹⁾ Insofern ist es zweckmäßig, die Partizipationshilfen im Zusammenhang mit den übergeordneten Partizipationsformen zu behandeln.

Einer besonderen Betrachtung bedarf schließlich noch der verwaltungsrechtliche Vertrag. Er erfüllt unzweifelhaft in hohem Maße die materielle Seite der Partizipation, da er mit der ihm innewohnenden Möglichkeit, das Handeln der

127) Anscheinend anderer Ansicht, allerdings ohne Begründung Bettermann, Aussprache, VVDStRL 31 (1973), S.275; unklar insoweit Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (532 f); Zutreffend stellt Krause, VerwArch Bd.61 (1970), S.297 ff (299 f) die Mitwirkungshandlung als eine Voraussetzung u.a. der rechtlichen Zulässigkeit dar. Vgl. auch ders., Willensmängel bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Verträgen, JuS 1972, 425 ff.

128) Krieger, Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft, 1972, S.31; Beinhardt, Die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung von Auskünften, DÖV 1965, 480 ff (481).

129) Laubinger, Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, Gedanken zur behördlichen Betreuungspflicht, in: Demokratie und Verwaltung, S.439 ff (445,458).

Behörden uneingeschränkt mitzubestimmen und Rechtsfolgen auszubedingen, diejenige Mitwirkungsmöglichkeit ist, die dem Bürger den weitestgehenden Einfluß auf das Verwaltungshandeln einräumt. Dennoch muß er in den weiteren Betrachtungen unberücksichtigt bleiben. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist zwar ein Instrument der Aufgabenerfüllung für die Verwaltung, jedoch ist er nicht in der Weise institutionalisierbar, daß das "Wie" seiner Anwendung zwingend vorgeschrieben werden kann, soll dieses Instrument nicht seinen Charakter als in individueller und einzelfallsbezogener Beliebigkeit gestellter Vertrag verlieren.

Vereinzelte werden auch die Begründung von Verwaltungsentscheidungen und ihre gerichtliche Anfechtbarkeit als Partizipation angesehen. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Zwar ist nicht ausgeschlossen, daß der Zwang der Begründung und die drohende Sanktion einer gerichtlichen Aufhebung eine mittelbare, nämlich psychologische und therapeutische Wirkung auf den Entscheidenden und damit auch auf die Entscheidung hat, jedoch sind diese Auswirkungen weder meßbar, noch geben sie dem Adressaten des Verwaltungshandelns einen direkten Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung.

Damit sind die im geltenden Überwachungsrecht bedeutsamen Formen der Partizipation: Anhörung, Abwendungsbefugnis und Erörterung. Im Hinblick auf ihre sehr begrenzten Aufgaben ist es jedoch fraglich, ob diese wenigen Partizipationen bereits das endgültige rechtsstaatlich mögliche und wünschenswerte Maß an Partizipation im Bereich der Überwachungsverwaltung darstellen.

3. Abschnitt: Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes

Damit ist Begriff und Inhalt des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips angesprochen. Nur eine Auslotung der verfassungsrechtlichen Aussagen zum Rechtsstaatsbegriff kann

eine Antwort darauf geben, ob aus dem Rechtsstaatsgedanken über die Ergebnisse der Bestandsaufnahme hinausgehende Möglichkeiten oder Gebote bürgerschaftlicher Partizipation in der Überwachungsverwaltung hergeleitet werden können.

A) Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes

Das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip unterliegt wie kaum ein anderer Verfassungsbegriff Auslegungs- und Ausdeutungsschwierigkeiten, die bislang noch nicht überwunden werden konnten.¹³⁰⁾ Eine praktische Auswirkung dieser Meinungsverschiedenheiten über die Reichweite und den Inhalt der einzelnen Elemente des Rechtsstaatsprinzips zeigt sich insbesondere, wo zur Begründung einzelner Gebote und Verbote auf das Rechtsstaatsprinzip direkt zurückgegriffen wird.¹³¹⁾ Die Interpretationsunsicherheit hat zum einen ihren Grund in den vielen Wandlungen, die der Begriff des Rechtsstaats als ein Zentralbegriff der deutschen Verfassungsgeschichte durchlaufen hat¹³²⁾ und

130) So verweist Hesse, Grundzüge, S.76 auf eine insgesamt bestehende Divergenz der Auffassungen. Auch Strack, Theorie des Rechtsstaates, 1970, S.49 stellt fest, daß sich über den Begriff des Rechtsstaates bis heute noch kein fester Sprachgebrauch gebildet hat. Nach Böckenförde, Entstehung, S.53 gehört der Rechtsstaat zu den vagen und nicht ausdeutbaren Schleusenbegriffen, die sich nicht abschließend definieren lassen.

131) Typisch z.B. Leisner, DÖV 1973, 145 ff, der Amtsbezeichnungen als ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit ansieht. Daß dies ein rechtsstaatliches Anliegen ist, wird nicht bezweifelt, hingegen allerdings, ob es zulässig ist, eine solche Einzelheit aus dem Rechtsstaatsprinzip herauszulesen, das in hohem Maße konkretisierungsbedürftig seitens des Gesetzgebers ist, vgl. BVerfG v. 26.2.1969, BVerfGE 25, 269 ff (290).

132) Vgl. dazu Scheuner, Entwicklung, S.229 ff; Böckenförde, Entstehung, S.54 ff; Menger, Begriff, S.6 ff; dagegen gehen Hamann - Lenz, GG, 1970, S.55 f von einem überpositiven Rechtsstaatsbegriff aus, der jeder Wandelbarkeit entzogen sein soll.

die den Begriff mit mancherlei historisch - politischen Hypotheken belasten und zum anderen im ungeklärten Verhältnis von Sozial- und Rechtsstaatsgedanken im Grundgesetz. Eine Inhaltsbestimmung ist insofern notwendig.

I) Der formelle Rechtsstaatsbegriff

Der im 19. Jahrhundert durch Reduktion des dem deutschen Rechtsdenken eigenen Begriff vom Vernunftrechtsstaat¹³³⁾ entwickelte Begriff vom Rechtsstaat entstammt dem Kampf der bürgerlichen Gesellschaft gegen den Obrigkeitsstaat,¹³⁴⁾ und bezog sich auf die äußere Legalordnung des Staates¹³⁵⁾ und die Form seines Handelns. Wesentlich für dieses formelle Verständnis¹³⁶⁾ vom Rechtsstaat war die Zurückführung eines jeden Staatsaktes auf eine staatlich gesetzte Norm,¹³⁷⁾ der hieraus seine Legalität erfuhr. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, die Voraussetzbarkeit staatlichen Handelns und die Prüfung der Verwaltungstätigkeit durch unabhängige Gerichte sowie die Gewaltentrennung waren Postulate dieses formellen Rechtsstaatsbegriffs.¹³⁸⁾ Ein solche formaler

133) Böckenförde, Entstehung, S.59.

134) Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.589 ff (590 f).

135) Scheuner, Entwicklung, S.248.

136) Vertreten vor allem von F.J.Stahl, Philosophie des Rechts, 5.Auflage, 1878, 2.Bd., 2.Abt., S.137 f; Meyer - Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1914/1919, S.29; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., 1928, S.130 ff; weitere Nachweise bei Scheuner, Entwicklung, S.234.

137) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S.82; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S.130 f; vgl. dazu auch Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr.58 zu Art.20.

138) Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe Giacometti, 1953, S.59 ff; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1971, S.69.

Rechtsstaatsbegriff vermag aber nur bei einem "Wohlverhalten" des Gesetzgebers auch "inhaltlich" Recht zu verwirklichen. Nur solange sich der Gesetzgeber selbst an den Grenzen von Recht und Gesetz orientiert, kann die formelle Bindung an das Gesetz auch zu gerechten Regelungen führen. Wird aber, wie in unserer unmittelbaren Vergangenheit, das Gesetz selbst Mittel einer totalitären Politik, dann bleibt vom Rechtsstaat nur eine "leere Schale der Gesetzlichkeit"¹³⁹⁾, die höchstens noch administrative Funktionen erfüllt.

II) Die Wendung zum materiellen Verständnis des Rechtsstaats im GG

Die genannten Prinzipien des formellen Rechtsstaatsgedankens hat auch das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes übernommen.¹⁴⁰⁾ Es hat sich aber mit der Normierung dieser äußeren Strukturprinzipien nicht begnügt; vielmehr hat der Rechtsstaatsgedanke im GG vor allem eine inhaltliche Ausgestaltung erfahren.¹⁴¹⁾ Sie kommt am deutlichsten in Art.1 Abs.1 GG zum Ausdruck, in dem die staatliche Gewalt verpflichtet wird, den Menschen als Individuum zu schützen,¹⁴²⁾ sowie in der in Art.1 Abs.3 und Art.20 Abs.3 GG ausgesprochenen Bindung aller Staatsge-

139) Scheuner, Entwicklung, S.248; E.R.Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.589 ff (594).

140) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1971, S.69.

141) Allerdings kann aus der Entstehungsgeschichte des GG für die Interpretation des Rechtsstaatsprinzips nichts hergeleitet werden, vgl. dazu Werner Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat, 1965, S.411 ff.

142) Scheuner, Grundfragen, S.133; ders., Entwicklung, S.249; Hesse, Rechtsstaat, S.565; Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (38); Kaegi, Entwicklung, S.224; insgesamt wird mit Hesse, Grundzüge, S.76, ders., Rechtsstaat, S.560 aus der Formulierung des Art.28 I 1 GG zu folgern haben, daß das Rechtsstaatsprinzip verfassungsimmanent ausgestaltet ist, vgl. auch BVerfG v. 26.2.1969, BVerfGE 25, 269 ff (290) m.N..

walt an die Verfassung und Gesetz und Recht.¹⁴³⁾ Wegen dieser Bindungen wurde der Rechtsstaat des Grundgesetzes schon verschiedentlich mit Gerechtigkeitsstaat umschrieben.¹⁴⁴⁾ Eine Überbetonung des materialen Gehalts muß aber mit dem absoluten Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit vor der Gleichheit der Rechtsanwendung zur Auflösung des Rechtsstaates führen¹⁴⁵⁾ und sie vernachlässigt zudem die Verdienste des formellen Rechtsstaatsbegriffs um die Bindung staatlicher Macht.¹⁴⁶⁾ Zu Recht wird deshalb betont, daß der Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes formale und materiale Prinzipien beinhaltet,¹⁴⁷⁾ wobei die formalen Elemente vor allem die Aufgabe haben, die materialen Gehalte abzusichern und zu verwirklichen.¹⁴⁸⁾ Der in diesem Sinne verstandene Rechtsstaatsbegriff ermöglicht und gewährleistet damit einerseits den Schutz der Freiheit des Bürgers und andererseits die rechtliche Bin-

143) Scheuner, Entwicklung, S.249 f; Hesse, Rechtsstaat, S.584; vgl. auch H.J.Wolff, VwR I § 11 II b 1 (S.52); Böckenförde, Entstehung, S.73 f.

144) So v.Mangoldt-Klein, GG, Anm.VI 1 zu Art.20; ebenso Menger, Begriff, S.65 ff; ähnlich Ernst Rudolf Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.589 ff (594).

145) Kritisch zur Gleichsetzung von Rechtsstaat und Gerechtigkeitsstaat Scheuner, Entwicklung, S.248, besonders, weil die Gerechtigkeit nicht meßbar ist; vgl. noch Kaegi, Entwicklung, S.178. Das BVerfG wägt deshalb zu Recht im Einzelfall zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit ab, vgl. BVerfG v. 24.7.1957, BVerfGE 7, 89 ff (92) = DVBl. 1957, 42 f; v. 12.12.1957, BVerfGE 7, 194 ff (196); v. 25.10.1966, BVerfGE 20, 323 ff (331); v. 2.5.1967, NJW 1967, 1653; v. 26.2.1969, BVerfGE 25, 269 ff (290).

146) Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.60 zu Art.20; Böckenförde, Entstehung, S.73 f.

147) So spricht Hesse, Grundzüge, S.79 von den formellen und materiellen Grundelementen des Rechtsstaatsbegriffes des Grundgesetzes. Vgl. ferner Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.60 zu Art.20; H.J.Wolff, VwR I, § 11 II b (S.52 f); Kaegi, Entwicklung, S.180; Wildhaber, Grundrechte, S.372; Denninger, Stichwort "Rechtsstaat", in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsg. von A. Görlitz, 1972, S.344 ff (347 ff).

148) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (39 m.N.); ähnlich Ossenbühl, Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter, begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1964, 511 ff (516).

dung und Mäßigung aller staatlichen Machtausübung.¹⁴⁹⁾ Deshalb kann der Rechtsstaat des Grundgesetzes als ein auf materielle Gerechtigkeit zielender Staat bezeichnet werden.¹⁵⁰⁾

III) Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit im GG

Diese Begriffs- und Inhaltsbestimmung des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgedanken muß möglicherweise aus der Sicht des Sozialstaatsprinzips noch modifiziert werden. Das Verhältnis dieser beiden Staatszielbestimmungen zueinander ist nach wie vor umstritten.¹⁵¹⁾ Hier ist eine Klärung jedenfalls dann unerlässlich, wenn der Sozialstaatsgedanke rechtsstaatlichem Handeln der Überwachungsverwaltung eine verändernde Richtung gibt.

Während vor allem Forsthoff die Unvereinbarkeit von Rechtsstaat und Sozialstaat auf der Verfassungsebene verfißt und die Verwirklichung des Sozialstaates durch Gesetzgebung und Verwaltung erwartet,¹⁵²⁾ ist der soziale Rechtsstaat nach Hesse¹⁵³⁾ eine Einheit, die es verbietet, ei-

149) Scheuner, Entwicklung, S.230, 250; ähnlich Hesse, Rechtsstaat, S.584; Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (74); Böckenförde, Entstehung, S.72.

150) Scheuner, Entwicklung, S.231; Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (39); Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.20 zu Art.59; Menger, Begriff, S.17; Hesse, Rechtsstaat, S.557 ff.

151) Vgl. dazu die Beiträge im Sammelband, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. Forsthoff, 1968; ferner auch Badura, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, 624 ff (bes. 632); irrelevant ist hier, ob und welchem Prinzip ein Vorrang eingeräumt wird, vgl. die Positionen von Forsthoff (Vorrang des Rechtsstaatprinzips) VVDStRL 12 (1954), S.8 ff (14 f m.N.) einerseits und Ridder, (Vorrang des Sozialstaatsprinzips), Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, 1960, S.7 andererseits.

152) Forsthoff, VVDStRL 12 (1954), S.8 ff (19,29,31 ff); ders., Der Staat, S.148; ders., Rechtsstaat im Wandel, 1964, S.38 ff.

153) Hesse, Rechtsstaat, S.566; vgl. auch Wildhaber, Grundrechte, S.372.

nerseits von einem Sozialstaat und andererseits von einem Rechtsstaat zu sprechen. Daneben gehen auch hinsichtlich der Ausdeutung der Sozialstaatsklausel die Meinungen weit auseinander: Beispiele müssen hier ausreichen: So wird die Sozialstaatsklausel von Menger¹⁵⁴⁾ im Sinne einer sozialen Rücksichtnahme, von Nipperdey¹⁵⁵⁾ als Schutzauftrag zugunsten der sozial und wirtschaftlich Schwächeren und von Abendroth¹⁵⁶⁾ als Auftrag zu umfassender sozialer Umverteilung und Wirtschaftsplanung verstanden.

Das BVerfG faßt die Sozialstaatsklausel bei grundsätzlicher Gleichrangigkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip¹⁵⁷⁾ als Programmsatz und als vor allem an den Gesetzgeber gerichtete Verpflichtung und Aufforderung zu sozialer Aktivität auf.¹⁵⁸⁾ Jedoch leitet das BVerfG zwar aus dem Rechtsstaatsprinzip konkrete Folgerungen ab,¹⁵⁹⁾ nicht aber aus

154) Menger, Begriff, S.64 ff, insbes. S.68.

155) Nipperdey, in: Die Grundrechte, Bd.IV, S.806, 808.

156) Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für C. Bergstraesser, 1954, S.279 ff; ders., Aussprache, in: VVDStRL 12 (1954), S.85 ff; ähnlich Harnischfeger, Planung, S.30 ff.

157) BVerfG vom 15.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff (41); v.18.7.1967, BVerfGE 22, 180 ff (204); Gleichrangigkeit nimmt auch Ramm an: Der Wandel der Grundrechte und der Freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972, 137 ff (145).

158) So bereits BVerfG v. 19.12.1951, BVerfGE 1, 97 ff (105); ferner v. 17.8.1956, BVerfGE 5, 85 ff (198).

159) Hier geht es vor allem um die Gebote der Voraussehbarkeit, der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit, vgl. nur BVerfG v. 24.7.1957, BVerfGE 7, 89 ff (92 f); v. 12.11.1958, BVerfGE 8, 274 ff (325 f); v. 3.2.1959, BVerfGE 9, 137 ff (147 ff); v. 29.7.1968, BVerfGE 24, 119 ff (152); v. 26.2.1969, BVerfGE 25, 269 ff (290 f); v. 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (24 f); v. 9.3.1971, BVerfGE 30, 250 ff (263); und vom 23.3.1971, BVerfGE 30, 392 ff (401); Zur Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vgl. Ule, Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des BVerwGs, DVBl. 1963, 475 ff (480 ff).

dem Sozialstaatsgedanken.¹⁶⁰⁾

Einigkeit besteht aber insoweit darin, daß es das Ziel des sozialen Rechtsstaates ist, die Sozialordnung durch Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit¹⁶¹⁾ fortzubilden. In dieser Zielprojektion entfaltet das Sozialstaatsprinzip seine spezifische Bedeutung¹⁶²⁾ und konkretisiert zugleich das Ziel rechtsstaatlichen Handelns im Bereich des Sozialen. In dieser Ausgestaltung wird der Sozialstaatsgedanke zu einem wichtigen Element des Rechtsstaatsprinzips, wobei man durchaus Hesse zustimmen kann, wenn er als entscheidendes Kennzeichen der rechtsstaatli-

160) Vgl. Hinweise in Anm.154 und ferner BVerfG v. 26.11.1964, BVerfGE 18, 257 ff (273 f); sehr deutlich BVerfG v. 18.7.1967, BVerfGE 22, 180 (204); v. 3.12.1969, BVerfGE 27, 253 ff (283) = NJW 1970, 799; Die höchstrichterliche Verwaltungsrechtsprechung geht hier z.T. schon weiter, so die Fürsorgeentscheidung des BVerwGs vom 24.6.1954, BVerwGE 1, 159 ff (161 f): Rechtsanspruch auf Gewährung von Fürsorgeleistungen; und auch OVG Lüneburg v. 5.8.1970, FamRZ 1971, 669: Ausstattung von Obdachlosenunterkünften mit elektrischem Strom. Vgl. zu diesen Tendenzen der Rechtsprechung im einzelnen Böckenförde, Entstehung, S.70; Hesse, Grundzüge, S.84, 86, 121; H.H.Klein, Grundrechte, S.12; Friauf, DVBl. 1971, 674 ff (677); und allgemein Badura, Die Rechtsprechung BVerfGs zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92, 382 ff (385 ff); Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 1971, 505 ff (512); Schreiber, Das Sozialstaatsprinzip des GG in der Praxis der Rechtsprechung, 1972; Werner Weber, Verfassungsrechtliche Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 1965, 409 ff; Wollny, Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, StuW 1971, 271 ff; ders., Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1972, 525 ff; ders., Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Soziale Sicherheit 1973, 135 ff; ders., Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des BGH, JR 1973, 227 ff; Zacher, Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1969, 113 ff; ders., Soziale Gleichheit, AöR 93, (1968), 341 ff (360 ff).

161) Beispielhaft H.J.Wolff, VwR I, § 11 II b 5 (S.53 ff).

162) Vgl. ausführlich P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (94 ff); auch Friauf, DVBl. 1971, 674 ff (677) m.w.N..

chen Ordnung des Grundgesetzes ansieht, daß sie die eines "sozialen" Rechtsstaates ist.¹⁶³⁾

Dieser Zusammenklang von Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit kann nicht ohne Rückwirkung auf die Tätigkeit der Überwachungsverwaltung bleiben. Ein sichtbares Zeichen ist hier die bereits erwähnte Veränderung der Aufgaben und des Instrumentariums des Handelns der Verwaltung. Der "soziale Rechtsstaat" beeinflußt ferner die Interpretation der gesetzlichen Rechtsgrundlagen der gefahrenabwehrenden Verwaltungstätigkeit und hier insbesondere den Begriff der öffentlichen Ordnung im Rahmen der Generalklausel. So wird man z.B. in der Tat den Obdachlosen, wenn überhaupt, dann nur in den krassesten Fällen eigenen Verschuldens, als Störer der öffentlichen Ordnung¹⁶⁴⁾ im Sinne des Überwachungsrechts, im übrigen aber als Hilfsbedürftigen anzusehen haben.¹⁶⁵⁾

Damit wurde angedeutet, daß der Sozialstaatsgedanke dem rechtsstaatlichen Handeln der Überwachungsbehörden eine verändernde Richtung gibt, allerdings ist dadurch noch nicht eindeutig die wichtige Frage beantwortet, ob die hier durchgeführte Untersuchung überhaupt von einem Rechtsstaatsprinzip ausgehen darf, das das Sozialstaatsprinzip grundsätzlich ausklammert. Gegen eine solche gesonderte Verwendung der Begriffe der Sozialstaatlichkeit und der Rechtsstaatlichkeit wird nun eingewendet, daß dadurch die Bindung der beiden Prinzipien in der konkreten verfassungsrechtlichen Ausgestaltung, in der der Rechtsstaat eben eine soziale Komponente erhalten hat, verschüttet wird.¹⁶⁶⁾ Dieser Einwand überzeugt aber nicht im Hinblick auf eine differenzierende Zuordnung beider Prinzipien: Das Rechts-

163) Hesse, Grundzüge, S.84.

164) Daß der Obdachlose ein Störer der öffentlichen Ordnung ist, wird in der Rechtsprechung ohne weiteres angenommen, vgl. BVerwG v. 22.10.1963, BVerwGE 17, 83 ff (86); BGH v. 12.1.1959, NJW 1959, 768.

165) In diesem Sinne Franz, Obdachlose sind Hilfsbedürftige und nicht Störer, DVBl. 1971, 249 ff (251, 252).

166) Hesse, Grundzüge, S.111.

staatsprinzip wurde oben vor allem aus seiner historischen Entwicklung in seinen formellen und materiellen Elementen zur Gewährleistung rechtmäßigen und gerechten Verwaltungshandelns dargestellt, im Sozialstaatsprinzip ist hingegen das leitende Prinzip einer staatlichen Sozialgestaltung im Sinne der "sozialen Gerechtigkeit" zu sehen.¹⁶⁷⁾ von hier werden die unterschiedlichen Anliegen der beiden Prinzipien deutlich und mit ihnen auch die spezifischen Bedeutungen, die natürlich gemeinsam den Inhalt des sozialen Rechtsstaats des Grundgesetzes ausmachen. Beiden Begriffen ist jedoch ein Kernbereich zu eigen, dessen isolierte Bezeichnung und Verwendung¹⁶⁸⁾ le-

167) Badura, DÖV 1968, 446 ff (446).

168) Und das ist nicht nur eine praktische Frage. Dieses Anliegen verfolgte auch Schmitt Glaeser, Zuordnung gesonderter Partizipationsmodelle zu Demokratie-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip, vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, (1973), S.179 ff. Auch das BVerfG verfährt in dieser Weise; es erreicht damit eine inhaltliche Ausgestaltung des einzelnen Verfassungsprinzips und vermeidet zugleich einen notwendig im Allgemeinen verbleibenden Rückgriff auf den "Sozialen Rechtsstaat". Vgl. z.B. BVerfG v. 26.5.1970, BVerfGE 28, 314 ff (323): "Die Regelungen des Personalvertretungsgesetzes... wurzeln im Sozialstaatsgedanken..."; v. 10.6.1953, BVerfGE 2, 307 ff (329): "Art. 129 III GG (ist eine) der Verwirklichung des Rechtsstaats dienende Bestimmung"; v. 5.3.1958, BVerfGE 7, 282 ff (302): "Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich, daß die Ermächtigung so genau bestimmt sein muß, daß ..."; v. 18.7.1967, BVerfGE 22, 180 ff (204): "...das Sozialstaatsprinzip ist nicht verletzt..."; besonders deutlich in dem hier vertretenen Sinne die Entscheidung vom 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (25): "Aus dem Rechtsstaatsprinzip lassen sich mehr als die in Art. 79 III GG in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze des Art. 20 GG entwickeln und das BVerfG hat solche Rechtsgrundsätze entwickelt...", ferner vom 9.3.1971, BVerfGE 30, 250 ff (263): "Das Rechtsstaatsprinzip fordert..."; andererseits bejaht das Gericht in der Entscheidung vom 6.5.1958, BVerfGE 8, 155 ff (167) die Möglichkeit, daß sich Grenzen (und damit Inhalt und Bedeutung) des Gesetzesvorbehalts unter der unter dem Grundgesetz erfolgten Hinwendung zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise verschoben haben könnten. Das bedeutet, Sozial- und Rechtsstaatsprinzip haben ihre eigenständige Bedeutung und ihre eigenen Inhalte, jedoch ist bei den einzelnen Postulaten des Rechtsstaatsprinzips zu untersuchen, ob nicht die sozialstaatliche Komponente dem konkreten Rechtsgrundsatz einen modifizierenden Inhalt gibt.

gitim ist. Die Zurückführung einzelner Rechtsbegriffe und Institute (dort, wo es möglich ist!) auf Rechtsstaats- bzw. Sozialstaatsprinzip läßt den spezifischen Ansatz und damit die Entwicklungstendenz erkennen und die Konturen des Rechtsbegriffs deutlich werden. Ob also der Sozialstaatsgedanke den einzelnen, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Rechtsgrundsatz modifiziert, ist hinsichtlich des konkreten Rechtsgrundsatzes zu beantworten.¹⁶⁹⁾ Dies gilt insbesondere für die Grundrechte, die materielle Komponente des Rechtsstaatsprinzips, zumal wenn man mit P.Häberle der Ansicht ist, daß Sozialstaatsdogmatik heute vor allem Grundrechtsdogmatik ist.¹⁷⁰⁾ Darauf wird noch einzugehen sein.

B) Die Elemente des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips

Hier besteht lediglich hinsichtlich eines gewissen Grundbestands von Postulaten Einigkeit darüber, daß sie dem Rechtsstaatsprinzip zuzurechnen sind. Zu diesem Kernbestand rechtsstaatlicher Elemente gehören die Grundrechte, das Gewaltenteilungsprinzip, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung¹⁷¹⁾ und das Prinzip der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit aller staatlichen Machtäußerun-

169) Überzeugend in dieser Weise Scheuner, Entwicklung, S.247 ff, insbesondere S.251, 252, 257, 258, 261 f, der den Einfluß des Sozialstaatsgedankens auf die einzelnen Rechtsgrundsätze des Rechtsstaatsprinzips darstellt, an der Verwendbarkeit des Begriffs "Rechtsstaat" aber keinerlei Zweifel äußert.

170) P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (92).

171) Vgl. zu den einzelnen Postulaten Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (38, 44); Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.73 ff (75); Forsthoff, VVDStRL 12 (1954), S.8 ff (16); Hesse, Grundzüge, S.79 ff; ders., Rechtsstaat, S.587 (Anm.70); Hansen, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, 1971, S.76 f; grundlegend Kaegi, Entwicklung, S.174 ff, 224 ff; H.H.Klein, Grundrechte, S.77; v.Mangoldt-Klein, Komm., Anm. VI 2 zu Art.20 (S.601); Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog,

gen.¹⁷²⁾ Unumstritten gehören auch die im Übermaßverbot zusammengefaßten Rechtsgrundsätze zu den rechtsstaatlichen Postulaten.¹⁷³⁾ Das Verhältnis dieser unstreitigen Kernelemente des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips zur bürgerschaftlichen Partizipation in der Überwachungsverwaltung wird noch näher dargestellt werden. Dafür, daß hier mannigfaltige Beziehungen und Verbindungen bestehen, mag ein Hinweis auf die oben in der Bestandsaufnahme¹⁷⁴⁾ angeführten Interpretationen der einzelnen Partizipationsformen durch Rechtsprechung und Rechtslehre an dieser Stelle genügen. Ob weitere Elemente dem Rechtsstaatsprinzip zuzurechnen sind, ist hier nur soweit zu erörtern, als sie in einem Bezug zur Partizipation am Überwachungshandeln stehen. Dabei wird vor allem relevant, ob die Garantie eines gerichtlichen Rechtsschutzes gemäß Art.19 Abs.4 GG und ein rechtlich geordnetes Verwaltungsverfahren als Kriterien des grundgesetzlichen Rechtsstaatsgedankens anzusehen sind.

Zur Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes meinen ins-

noch ¹⁷¹⁾ Rdnr.70 ff zu Art.20; F.Mayer, Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung, in: Verwaltung, S.2 ff (12 f); Merkel, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: Festschrift für Kelsen, 1971, S.126 ff (137 f); Scheuner, Entwicklung, S.251 ff; Strack, Theorie des Rechtsstaates, 1970, S.50; Ule, Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des BVerwGs, DVBl. 1963, 475 ff (479).

¹⁷²⁾ Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.86 zu Art.20; Hesse, Grundzüge, S.83.

¹⁷³⁾ So ausdrücklich Forsthoff, VwR I, S.70; vgl. dazu ferner ausdrücklich Lerche, Übermaß, S.29 ff; H.J.Wolff, VwR I, § 30 II b 1 (S.170); ders., VwR III, § 138 V (S.175); Höppner, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Steuergeheimnisses, DVBl. 1969, 723 ff (726).

¹⁷⁴⁾ Vgl. oben Seite 46 ff.

besondere Maunz-Dürig,¹⁷⁵⁾ daß darin kein Essentiale des Rechtsstaatsbegriffs liegt. Sie räumen zwar ein, daß Rechtskontrolle für den Rechtsstaat essentiell ist, diese aber nicht stets Gerichtsschutz sein müsse und berufen sich dabei auf das BVerfG, das in seiner Entscheidung vom 10. Juni 1958 ausgeführt hat, daß das Rechtsstaatsprinzip nicht einmal verlangt, daß für jede Rechtsstreitigkeit ausnahmslos der Weg zu einem Gericht offenstehen muß.¹⁷⁶⁾ Daran ist zunächst einmal richtig, daß Rechtskontrolle nicht nur Sache der Gerichte ist, sondern auch von anderen Staatsorganen durchgeführt werden kann und wird.¹⁷⁷⁾ Zu wenig wird dabei aber der Umstand gewürdigt, daß in einem gewaltenteiligen Staat die Rechtskontrolle in letzter Instanz Sache von Organen ist, die nicht in eigener Sache entscheiden.¹⁷⁸⁾ Das Grundgesetz hat sich deshalb prinzipiell für den gerichtlichen Rechtsschutz entschieden. Das Urteil des BVerfGs wird insoweit von Maunz-Dürig überinterpretiert, als es lediglich aussagt, daß ausnahmsweise der Rechtsschutz durch nicht der dritten Gewalt im Sinne der Art. 92 ff GG angehörende Or-

175) in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.92 zu Art.20; auf die Frage, ob die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes essentiell für das Rechtsstaatsprinzip ist, kommt es hier nicht an; essentiell sind nur die Elemente, die der Unabänderlichkeitssperre des Art.79 III GG unterliegen, tatsächlich ist der Rechtsstaatsbegriff in allen seinen Verzweigungen weiter, so ausdrücklich und im Ergebnis kaum zu beanstanden BVerfG v. 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (25) = NJW 1971, 275 ff (278).

176) BVerfGE 8, 174 ff (181 f).

177) Z.B. aufgrund formloser Rechtsbehelfe wie Gegenvorstellung und Aufsichtsbeschwerde oder im Widerspruchsverfahren gemäß §§ 68 ff VwGO, aber auch nicht nur dadurch, sondern vor allem in der Weise, daß die Verwaltung von vornherein rechtsstaatlich handelt, so etwa Heckel, DÖV 1958, 29 ff (30), ebenso Reuß, DÖV 1958, 656 ff (659); zu Recht verweist P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (121 m.w.N.) auf die Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes im Staat unter dem Grundgesetz. Vgl. auch noch Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.91 m.w.N..

178) Hesse, Grundzüge, S.82.

gane der Rechtsweggarantie genügt.¹⁷⁹⁾ Die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes ist insofern als Element des Rechtsstaatsprinzips¹⁸⁰⁾ anzusehen.

Es bleibt nun noch die Prüfung, ob ein rechtlich geordnetes Verwaltungsverfahren als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen werden kann. Dies kann allerdings nicht in der Weise begründet werden, daß Art.19 Abs.4 GG eine Gewährleistung des Verwaltungsverfahrens enthalten soll.¹⁸¹⁾ Diese Ansicht überdehnt die Verfassungsvorschrift sowohl im Hinblick auf ihren Wortlaut als auch ihrer Entstehungsgeschichte.¹⁸²⁾ Ein rechtlich geordnetes Verwaltungsverfahren ist zweifellos ein rechtsstaat-

179) Ähnlich die Argumentation des BVerfGs im Abhörurteil vom 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (25) = NJW 1971, 275 ff (279) = JZ 1971, 171 ff = DVBl. 1971, 49 ff = DÖV 1971, 49 ff = JuS 1971, 204 ff. Vgl. die überwiegend kritischen Anmerkungen von P.Häberle, JZ 1971, 145 ff; Rupp, NJW 1971, 275 ff; Hall, JuS 1972, 132 ff; Alberts, JuS 1972, 319 ff; Schlink, Der Staat 1973, S.85 ff; dazu noch Klein und Wilke, Verfassungsänderungen durch systemimmanente Modifikationen elementarer Verfassungsgrundsätze, in: Festschrift für Georg Roeder, 1973, S.245 ff.

180) So Hesse, Grundzüge, S.82; Rupp, Anmerkung, NJW 1971, 275 ff (277); Scheuner, Entwicklung, S.251; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.71; v.Mangoldt-Klein, Komm., Anm. IV 2 zu Art.20; F.Mayer, Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung, in: Verwaltung, S.2 ff (13); dagegen vertritt Oettl, Grenzen der Gerichtbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, S.91 bemerkenswerterweise die Auffassung, daß das Postulat vom lückenlosen Rechtsschutz dem Rechtsstaatsprinzip nicht nur nicht zu entnehmen sei, sondern ihm widerspreche! Wie hier auch Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S.149; ebenso Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs.4 GG, 1973, S.45.

181) So aber Scheuner, Aussprache, VVDStRL 17 (1959), S.238.

182) Die Auffassung von Scheuner ist von der Rechtsprechung nicht aufgenommen worden und in der Literatur einhellig abgelehnt worden vgl. Bettermann, Aussprache, VVDStRL 17 (1959), S.245; Ule, Verwaltungsreform, S.63; F.Mayer, Verfahrensgrundsätze der Verwaltung, BayVBl. 1960, 332 ff (333).

liches Anliegen.¹⁸³⁾ Ein selbständiges Element des Rechtsstaates kann darin aber nicht gesehen werden, denn der verfassungsrechtliche Ansatz ist hier allein Art. 20 Abs. 3 GG mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der die Forderung nach einem rechtlich geordneten Verwaltungsverfahren mitumfaßt und insoweit nur eine mehr mittelbare Verbindung von Verwaltungsverfahren und Rechtsstaatsprinzip herstellt.

3. Kapitel: Partizipatives Entscheidungsverfahren

1. Abschnitt: Die Determination überwachungsbehördlichen Verwaltungshandelns und Darlegung eines eigenen Lösungsweges.

Der Herausarbeitung der rechtsstaatlichen Partizipationsaussagen hat eine Analyse der Determination überwachungsbehördlichen Handelns vorauszugehen. Für bürgerschaftliche Partizipation ist im Bereich der Überwachungsverwaltung jedenfalls dann kein Raum, wenn das Handeln durch Gesetz, Verfassung und allgemeine Rechtsgrundsätze erschöpfend determiniert ist. In diesem Fall müßte Partizipation dazu führen, daß einerseits der Schutzzweck des Gesetzes unterlaufen und andererseits der Ermächtigungsrahmen überschritten würde.¹⁾ Eine solch weitgehende Determination könnte gerade im Bereich der Überwachungsverwaltung im Hinblick auf die Geltung des positiven Gesetzesvorbehalts naheliegen. Die polizei- und ordnungsbehördliche Generalklausel belehrt uns aber sogleich eines Bes-

183) Scheuner, Entwicklung, S. 255.

1) Der Bürger muß nämlich Eingriffe hinnehmen, soweit sie sich im gesetzlichen Rahmen halten, jedoch braucht er eben auch nur diese hinzunehmen; das ist die Schranken- und Rahmenfunktion des Gesetzes, vgl. Imboden, Grundsätze des administrativen Ermessens, in: Staat und Recht, 1972, S. 417 ff (426).

seren; sie ist geradezu eine Anhäufung von mehrdeutigen Begriffen und Ermessenseinräumungen. Anhand dieser Generalklausel, der für die Gefahrenabwehr nach wie vor zentralen Vorschrift, soll hier die Determination überwachungsbehördlichen Handelns untersucht werden. Indem die Generalklausel die Zweckerreichung des Gesetzes in den Vordergrund stellt, bietet sie die Möglichkeit zur Untersuchung eines kooperativen Zusammengehens von Bürger und Verwaltung. Auch diesem Ansatz ist nachzugehen.

- A) Das Ausmaß der Determination hinsichtlich der durch die unbestimmten Rechtsbegriffe festgelegten Handlungsvoraussetzungen

Die ordnungsbehördliche Generalermächtigung ist durch ein Zusammenspiel von auf der Tatbestandsseite stehenden unbestimmten Rechtsbegriffen und vom die Rechtsfolgen bestimmenden Handlungsermessen gekennzeichnet.²⁾ Die Rechtsbegriffe, die die Generalklausel prägen, sind die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der Gefahrenbegriff. Auf diese ist hier näher einzugehen, da für das Maß der von diesen Begriffen ausgehenden Determination nicht entscheidend ist, daß in der Überwachungsverwaltung der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes uneingeschränkt gilt, sondern daß allein bedeutsam die Bestimmtheit dieser Tatbestandsmerkmale ist.³⁾

- I) Die sprachliche Eindeutigkeit dieser Begriffe

Die Begriffe der Gefahr, Sicherheit und Ordnung assoziieren im täglichen Sprachgebrauch keine einheitliche Vorstellung. Für sie gilt in hohem Maße, daß die semantische Leistung dieser Begriffe sowohl von ihrer sprachlichen Ausdrucksfähigkeit als auch von ihrer Bedeutungsbeziehung

2) Vgl. Drews-Wacke, S.160 f m.z.N.; kritisch zu dieser von der herrschenden Lehre angenommenen Trennung vor allem Ehmke, Ermessen, S.35, neuerdings Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.123, 157; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1973), S.173 ff (176 ff); hier ist jedoch nicht relevant, ob man mit der h.M. die unbestimmten Rechtsbegriffe der Tatbestandsseite und das Ermessen der Rechtsfolgeseite zurechnet oder das Ermessen als ein Problem des offenen Tatbestandes ansieht.

abhängt.⁴⁾ Aber auch damit kann keine Eindeutigkeit erreicht werden, wie die allgemein anerkannte Definition der Gefahr als eine Sachlage zeigt, die bei ungehinder-tem Ablauf erkennbar zu einem Schaden führt;⁵⁾ denn offen bleibt, was ein Schaden ist und damit bedarf der Gefahren-
begriff weiterer Definitionen.

Dies gilt in gleicher Weise für den Begriff der öffentlichen Sicherheit, die durch Schutz vor Schäden, die entweder den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen oder das Leben, die Gesundheit, Freiheit, Ehre oder das Vermögen des einzelnen Bürgers bedrohen, aufrechtzuerhalten ist⁶⁾ sowie auch für den der öffentlichen Ordnung, der der Inbegriff der Normen ist, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches

noch 3) Bachof, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, 641 ff (643); Hansen, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, 1971, S.278.

4) Esser, Vorverständnis, S.105.

5) Diese Definition geht auf die Rechtsprechung des prOVG zurück, vgl. prOVG v. 20.4.1922, prOVGE 77, 333 ff (338); v. 12.6.1922, prOVGE 77, 341 ff (345); v. 15.5.1930, prOVGE 87, 301 ff (310); vgl. noch BVerwG v. 25.2.1969, DÖV 1969, 465 = DVBl. 1969, 586; aus der Literatur Götz, Polizeirecht, S.56 ff; Drews-Wacke, S.51 ff; Ule-Rasch, § 14 Rdnr.9.

6) So die amtliche Begründung des prPVG vom 1.6.1931; wiedergegeben bei Friedrichs, Polizeiverwaltungsgesetz, 1932, § 14 Anm.20 ff; vgl. noch Drews-Wacke, S.63 ff, 73 ff; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.158 f; Scupin, Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1957, § 85, S.613 f; Ule in Mayer/Ule, Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-Pfalz, 1969, S.449 f; Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 1969, Art.2 Rdnr.2; Art.4 Rdnr.3-9; Erbel, Der Streit um die "öffentliche Ordnung" als polizeirechtliches Schutzgut, DVBl. 1972, 475 ff (476).

Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen angesehen wird.⁷⁾ Eine eindeutige Begriffsbestimmung liefern diese Definitionen nicht. Sie lassen mehr Fragen offen als sie beantworten. Eine derart unzweifelhafte Bedeutung kann Begriffen der vorliegenden Art aber auch überhaupt nicht beigemessen werden, ihr Bedeutungsgehalt kann immer nur final in Bezug auf ihre Verwendung festgestellt werden.⁸⁾ Das ist aber kein Problem unzureichender Spezifikation, sondern eine Folge des Umstandes, daß die menschliche Sprache mehrdeutig⁹⁾ und idR nicht in der Lage ist, eindeutig bestimmte Begriffe hervorzubringen.¹⁰⁾ Insofern vermag die Rechtssprache keine einzig mögliche Vorstellung von den Begriffen Gefahr und öffentliche Sicherheit und Ordnung zu vermitteln.

7) Wie Anm.6; vgl. ferner noch Ule, Streik, S.48 ff; Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist zunehmender Kritik ausgesetzt, so wird er von Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, S.12 ff; 25 ff; als Leerformel bezeichnet. Kritisch zu Denninger, Erbel, DVBl. 1972, 475 ff (478, 480) und insbesondere H.H.Klein, Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung", DVBl. 1971, 233 ff (238 ff); aus der Rechtsprechung vgl. OVG Münster v. 6.10.1970, VerwRSpr Bd.22 (1971), S.442 ff (443).

8) Esser, Vorverständnis, S.103.

9) Dieser Umstand wirft für die computergesteuerten juristischen Informationssysteme, die im Bundesjustiz- und Bundesfinanzministerium sowie beim Bundessozialgericht z.Zt. eingerichtet werden, noch derzeit unlösbare Probleme auf. Vgl. dazu den Bericht über den Rechtsinformatik-Kongreß 1973, NJW 1973, 1680 f; ferner Brinckmann, Juristische Fachsprache und Umgangssprache, OVD 1972, 60 ff; Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, S.66 ff; Horn, Rechtssprache und Kommunikation, 1966; ders., Zur Theorie der Informationsgewinnung, DSWR 1971/72, S.338 ff; Lampe, Juristische Semantik, 1970, S.15 ff; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S.52 ff; Podlech, Logische Anforderungen kybernetischer Systeme an ihre Anwendung auf Rechtssätze, BB 1968, 106 ff.

10) Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971, S.122 f; Bachof, Urteilsanmerkung zu BVerwG v. 16.12.1971, JZ 1972, 204 ff (208, Anm.1); v.Olshausen, Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung - BVerwGE 39, 197 ff, JuS 1973, 217 ff (218 f).

II) Normative und deskriptive Rechtsbegriffe

Die sprachlich bedingte Mehrdeutigkeit der Begriffe resultiert daraus, daß sich Norm und Wirklichkeit nicht decken¹¹⁾ und sich auch nicht zur Deckung bringen lassen. Diese Deckungsungleichheit besteht grundsätzlich sowohl bei bestimmten als auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen und insofern ist die Feststellung richtig, daß zwischen beiden kein prinzipieller qualitativer Unterschied besteht.¹²⁾ Jedoch ist die Wertungsspanne unterschiedlich groß, je nachdem, ob es sich um einen meß- oder wägbaren, einen beschreibenden oder wertausfüllungsbedürftigen Begriff handelt.¹³⁾ Hier führt nur eine differenzierende Betrachtung weiter.

-
- 11) Haft und Müller-Krumbhaar, Juristisches Informationssystem, NJW 1973, 85 ff (87): Alle Bemühungen um eine Präzisierung des juristischen Begriffsapparates stoßen auf eine unüberwindliche Schwierigkeit, die darin begründet ist, daß es in der Realität keine Gleichheit, sondern nur Ähnlichkeit gibt, die gemäß dem Kriterium "Mehr oder weniger", somit inhaltlich und das heißt aufgrund einer konkret zu treffenden Wertentscheidung bestimmt werden muß.
- 12) Bachof, Anmerkung, JZ 1972, 208; ders., Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 ff (99); Ehmke, Ermessen, S. 29 m.w.N.; Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (343); Esser, Vorverständnis, S.31 ff, 59, 107; Imboden, Grundsätze des administrativen Ermessens, in: ders., Staat und Recht, S.417 ff (419 f); Müller, Urteilsanmerkung, NJW 1972, 1587 f (1588); Pötter, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ergänzung der modernen Verwaltung, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, 1967, S.907 ff (912); Rupp, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273 ff (1274, 1276); Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.135; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S.15 f.
- 13) Das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe beginnt nämlich dort, wo Wahrnehmungen und Erfahrungen nicht in noch stärker differenzierende Beschreibungen aufgelöst werden können, Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.122 f, das ist bei den hier behandelten Begriffen der Fall, vgl. H.H.Klein, DVBl. 1971, 233 ff (235).

Ausgangspunkt ist dabei nicht die Frage, inwieweit die Rechtsbegriffe gerichtlich überprüfbar sind. Die Diskussion um Ermessen und Beurteilungsspielräume der Verwaltung trat verschiedentlich gerade deshalb auf der Stelle, weil vorwiegend aus der Perspektive des Rechtsschutzes argumentiert wurde.¹⁴⁾ Gegenüber der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung ist die hier allein relevante Frage vorrangig, inwieweit die Verwaltung durch den Gesetzesbegriff determiniert ist,¹⁵⁾ erst daran schließt sich die Frage der gerichtlichen Kontrolle an.¹⁶⁾

1) Die deskriptiven unbestimmten Rechtsbegriffe

Unter deskriptiven Rechtsbegriffen sind solche zu verstehen, die wirkliche oder wirklichkeitsartige, grundsätzlich wahrnehmbare oder sonstwie erfahrbare Objekte beschreiben.¹⁷⁾ Zu diesen beschreibenden Rechtsbegriffen gehören

-
- 14) Typisch: Ossenbühl, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, 84 ff (89); Kellner, Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgewerrechtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 ff (858 ff); Jaeger, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1966, 779 ff; Czermak, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, DVBl. 1966, 366 f (366); Dies gilt auch für die Rechtsprechung selbst, vgl. H.J. Müller, Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1969, 119 ff (120 ff); Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR Bd.98 (1973), S.173 ff (187 ff); BVerwG v. 14.12.1962, BVerwGE 15, 207 ff (208); v. 12.1.1966, BVerwGE 23, 112 ff (114); v. 28.5.1965, DÖV 1965, 633 f; v. 22.4.1966, BVerwGE 24, 60 ff (63 f); v. 2.4.1968, BVerwGE 29, 279 ff (280); v. 13.2.1970, BVerwGE 35, 69 ff (71 ff).
- 15) Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (339).
- 16) Ist das Verwaltungshandeln nicht eindeutig determiniert, so ist die gerichtliche Überprüfung davon abhängig, wem im Verhältnis von Gericht und Verwaltung die Letztentscheidungsbefugnis zukommt, ebenso Bachof, JZ 1955, 97 ff; ders., Anmerkung, JZ 1972, 208 ff; ders., JZ 1972, 641 ff (644); Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618 ff (627); ders., Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, 84 ff (89); VGH München v. 21.7.1966, DVBl. 1967, 89 ff (91) spricht vom Recht zur Letzterkenntnis.
- 17) Engisch, Einführung, S.109.

Geschwindigkeit, Nacht, Dunkelheit und auch die Überwachungsrechtlichen Begriffe der Gefahr und Störung. Sie sind zumindest teilweise unbestimmt. Insofern ist die Unterscheidung in einen Begriffskern und einen Begriffshof sehr plastisch.¹⁸⁾ Daß z.B. in unseren Breiten um 23 Uhr die Nacht angebrochen ist, ist zweifelsfrei, es handelt sich also um den Begriffskern. Aber wie ist es um 20 Uhr im Sommer und wie im Winter? Hier kann der Begriff Nacht allein nicht mehr weiterhelfen. Soweit es um diesen Zweifel geht, sprechen wir vom Begriffshof. Unsicherheiten bei der Anwendung dieser deskriptiven Rechtsbegriffe entstehen somit dort, wo auch die Sachverhaltsaufklärungen nicht zu einer hinreichenden Gewißheit führen.¹⁹⁾ Das wird besonders deutlich bei dem Begriff der Gefahr. Der Schluß, daß ein bestimmter Sachverhalt den Tatbestand einer polizeilichen Gefahr erfüllt, ist bei abgeschlossenem Sachverhalt leicht zu ziehen. In der Wirklichkeit erfordert aber die Annahme einer Gefahr, also des Vorhandenseins einer Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf zum Eintritt eines Schadens führt,²⁰⁾ vom Rechtsanwender einen Blick in die Zukunft²¹⁾ und die Prognose eines hypothetischen Geschehensablaufs²²⁾ nach objektiven Maßstäben.²³⁾ Der Entscheidung wird damit

18) So Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S.52, 60; ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S.173.

19) Zippelius, Einführung, S.112 f.

20) Vgl. oben Anm.5 sowie ferner OVG Lüneburg v. 21.3.1951, OVG 10, 341 ff (342); OVG Münster v. 1.10.1958, OVG 14, 69 ff (73).

21) Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (341).

22) Dazu ausführlich Hoffmann-Riem, "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, in: Festschrift für G.Wacke, 1972, S.327 ff. In diesem Sinne auch OVG Saarlouis vom 17.5.1973, DÖV 1973, 863 ff (864).

23) Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.161; vgl. auch H.J.Wolff, VwR III, § 125 III b 1 (S.53).

immer ein gewisses Maß an Unsicherheit anhaften.²⁴⁾

2) Die normativen unbestimmten Rechtsbegriffe

Normative oder wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe müssen im Fall ihrer Anwendung "normativ" d.h. durch eine Wertung aufgefüllt werden,²⁵⁾ da sie ihren Sinngehalt nicht in sich selbst tragen. So kann man von einer fremden Sache nur sprechen, wenn man zugleich an die bürgerlich-rechtlichen Eigentumsnormen denkt.²⁶⁾ Zu Begriffen dieser Kategorie zählt auch der der öffentlichen Ordnung. Welche Normen nun eine unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben sind, ist in Abhängigkeit von den örtlichen Verhältnissen und den Wertvorstellungen der Zeitepoche zu beurteilen.²⁷⁾ Die notwendige Wertung²⁸⁾ setzt zunächst Wertmaßstäbe voraus, die allgemein anerkannt sind.²⁹⁾ Es gibt aber kein Wertesystem, das den Wertvorstellungen aller Menschen entspricht,³⁰⁾ da der

24) D.Meyer, Bauabrißverfügung bei festgestellter nur formeller Illegalität, MDR 1971, 978 ff (979); ganz abgesehen davon, daß auch deskriptive Tatbestandsmerkmale bei der auf den Tatbestand bezogenen begrifflichen Qualifikation des Sachverhalts vom Rechtsanwender Wertungen erfordern, vgl. oben S.72fund besonders Müller, NJW 1972, 1587 f (1588).

25) Engisch, Einführung, S.111; Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245 ff (246 f).

26) Engisch, Einführung, S.110.

27) Vgl. Götz, Polizeirecht, S.45 ff; Erbel, DVBl. 1972, 475 ff (476); siehe auch OVG Münster v. 6.10.1970, VerwRspr Bd. 22 (1971), S.442 ff (443).

28) Von Wertungen wird hier nur in ganz allgemeinem Sinne gesprochen, nämlich als Anwendung von Vorzugsregeln bei der Auswahl der jeder Subsumtion zugrundeliegenden Alternativen, vgl. dazu Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AÖR 95 (1970), S.185 ff (186, 195, 209); dazu auch Engisch, Einführung, S.111.

29) Zur Bedeutung einer Werteordnung vgl. Zippelius, Wesen, S.96 ff.

30) Zippelius, aaO, S.107; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (275); Inle, Vertrag, S.34 ff; vgl. auch Scharpf, Demokratietheorie, S.11 f, 15.

einzelne Mensch jeweils seine eigenen spezifischen Akzente setzt. Insbesondere ist es nicht mit einem Hinweis auf die Verfassung getan.³¹⁾ Die Verfassung ist zunächst Leitbild der bestehenden Ordnung und muß zugleich die Fortentwicklung im staatlichen Bereich auffangen. Ihre Normen sind dementsprechend offen. Sie vermag im konkreten Einzelfall keine unbezweifelbaren Ergebnisse zu liefern, gerade bei der Problematik von Wesensgehalt und Schranken der Grundrechte kann die Verfassung zur Begründung ganz unterschiedlicher Auffassungen herangezogen werden.³²⁾

Die verfassungsrechtlichen Normen sind aber Leitlinien der Einzelfallentscheidungen, nicht mehr aber auch nicht weniger, denn insbesondere die in Art.19 Abs.3 GG enthaltenen und jeder Änderung durch den Verfassungsgesetzgeber entzogenen Grundsätze beinhalten verbindliche Grundregeln für die Beurteilung jeder Konfliktsituation,³³⁾ aber eben auch nur Grundregeln und nicht ein allumfassendes Wertesystem. Deshalb muß man sich im Einzelfall damit begnügen, die Wertentscheidungen durch die übereinstimmende Auffassung der Mehrheit zu qualifizieren und zu legitimieren.³⁴⁾ Wie aber können diese hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Ordnung festgestellt werden und die Behörde auch nicht ihre eigenen Wertvorstellungen anwenden darf?³⁵⁾ Empirische Methoden³⁶⁾ könnten hier

31) So aber Dietel, Ermessensschränken bei Eingriffen in das Versammlungs- und Demonstrationsrecht, DVBl.1969, 569 ff (574); die Verfassung ist allerdings hier insoweit von Bedeutung, als sie die Grenzen zieht; so dürfen keine Werturteile einbezogen werden, die der Wertordnung der Verfassung widersprechen.

32) Vgl. Achterberg, Probleme, S.192 ff.

33) So demnächst Schmitt Glaeser, Auf die Freiheit der Forschung, WissR 1974, bei Anm.154.

34) Zippelius, Wesen, S.107.

35) Draws-Wacke, S.73 ff; Forsthoff, VwR I, S.86; H.H.Klein, DVBl. 1971, 233 ff (239).

36) Zu diesen Möglichkeiten Benda, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 497 ff (498 f).

ein Mittel sein, die herrschenden Wertvorstellungen festzustellen.³⁷⁾ Damit ist aber auch noch nicht gesagt, wann eine Meinung als herrschend anzusehen ist,³⁸⁾ ganz abgesehen von der Frage, ob ein Rechtsstaat stets und in jedem Falle der Ansicht der Mehrheit folgen muß und darf. Hinzu kommt, daß bei der Rechtsanwendung nur dann Schwierigkeiten entstehen, wenn keine eindeutigen Werturteile zur Verfügung stehen, sondern erst gewonnen werden müssen. Deshalb ist der Rechtsanwender auch hier im Zweifel auf Schätzungen und Prognosen angewiesen,³⁹⁾ weil sich die Meinung der Mehrheit allenfalls im Nachhinein feststellen läßt.

3) Die erreichbare Entscheidung

Das Handeln der Überwachungsbehörden ist also durch die Begriffe der "Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" nicht eindeutig determiniert, vielmehr erfolgt die Rechtsanwendung unter einem erheblichen Maß an begrifflicher Mehrdeutigkeit bei notwendigerweise unzulänglicher Sachverhaltsfeststellung. Eine hinreichende Determination scheitert daran, daß eine sprachlich-begriffliche Eindeutigkeit der Begriffe nicht gegeben ist und sich der im Sollen der Rechtssprache festgelegte normative Anspruch nicht mit dem Sein der Wirklichkeit deckt.⁴⁰⁾ Die

37) Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.61; Götz, Polizeirecht, S.46; kritisch Denninger, Polizei, S.30 f; H.H.Klein, DVBl. 1971, 233 ff (239); Ähnliche Schwierigkeiten bestehen dort, wo es im Baurecht hinsichtlich der Ästhetik einer Baumaßnahme auf die Anschauung erfahrener und verständiger Betrachter ankommt, vgl. dazu OVG Hamburg v. 4.3.1971, VerwRspr Bd.23 (1972), S.817 ff (820); daneben ist zu bedenken, daß "Ordnung" als Rechtswert nicht verabsolutiert werden darf, VG Berlin v. 12.11.1971, DVBl. 1972, 511 ff (513) und sich gefallen lassen muß, auf seine Substanzhaltigkeit abgeklopft zu werden, so Zeidler, Ansprache anläßlich seiner Amtseinführung, DVBl. 1970, 562 ff (565).

38) H.H.Klein, DVBl. 1971, 233 ff (239).

39) Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (342); vgl. dazu insgesamt noch Ule, Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl. 1973, 756 ff.

40) Vgl. dazu nur Zippelius, Einführung, S.122 ff.

Versuche, Sein und Sollen zur Deckung zu bringen, scheitern letztlich daran, daß mangels genügender Tatsachen hypothetisch entschieden werden muß und daß keine Wertskalen vorliegen, mit denen man jegliche Rechtsgüter quantifizieren kann, um sie dann gegeneinander abzuwägen. Trotz dieser hohen Entscheidungsunsicherheit muß die Verwaltung entscheiden,⁴¹⁾ und damit fließen unabwendbar subjektive Wertungen in die Entscheidung ein.⁴²⁾ Die unter diesen Umständen zustandegekommene Entscheidung kann deshalb nicht am Kriterium der einzig richtigen Entscheidung gemessen werden, also an einem objektiven Maßstab, da sie vor allem von der subjektiven Überzeugung des Rechtsanwenders geprägt ist und deshalb nur von annäherungsweise objektiver Richtigkeit sein kann. Wegen dieser ergänzenden subjektiven Entscheidungskriterien ist es möglich, daß ein anderer Rechtsanwender zu einer anderen Entscheidung kommt, ohne daß notwendigerweise eine der beiden Entscheidungen falsch sein muß.⁴³⁾ Diese Konsequenz hat das BVerwG in einem Rechtsstreit gezogen, in dem es um die Indizierung einer Schrift durch die Bundesprüfstelle

-
- 41) Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (342); Ihle, Vertrag, S.104.
- 42) Die mangelnde "Fremd"-bestimmung wird durch eine wertende Entscheidung des Rechtsanwenders kompensiert. Mit allen damit verbundenen Konsequenzen. Vgl. richtig Thilo Vogel, Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, 1969; wenn er darauf hinweist, daß dem Richter bei den unbestimmten Rechtsbegriffen die Möglichkeit gegeben ist, Subjektivitäten und eigene Wertungen in die Rechtsfindung einfließen zu lassen, S.33 ff, 68 ff, so dürfte dies in gleicher Weise für die Verwaltung gelten.
- 43) Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245 ff (247); Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 (342); Ossenbühl, DOV 1972, 401 ff (403); Bachof, JZ 1972, 208 ff (208); ders., JZ 1972, 641 ff (641); Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.122 f.

ging.⁴⁴⁾ Die Entscheidung, die insofern als Sensation⁴⁵⁾ empfunden wurde, als sie entgegen der bisherigen Rechtsprechung⁴⁶⁾ der Bundesprüfstelle einen vom Verwaltungsgericht nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumte, stieß vor allem in der Begründung auf Kritik,⁴⁷⁾ während dem Ergebnis überwiegend zugestimmt wurde.⁴⁸⁾ Soweit die Kritik allerdings daran anknüpft, daß die Anwendung eines jeden Rechtsbegriffs eine Wertung erfordere

-
- 44) BVerwG v. 16.12.1971, BVerwGE 39, 197 ff = NJW 1972, 596 ff = MDR 1972, 540 ff = DVBl. 1972, 388 ff = DÖV 1972, 419 ff = JZ 1972, 204 ff; Vgl. die zu diesem Urteil ergangenen Anmerkungen und Aufsätze: Bachof, Anmerkung, JZ 1972, 208 ff; ders., Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, 641 ff; Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff; Kellner, Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum, DÖV 1972, 801 ff; Müller, Anmerkung, NJW 1972, 1587 f; v.Olshausen, Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung - BVerwGE 39, 197, JuS 1973, 217 ff; Ossenbühl, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, 401 ff; Ott, Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz in verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1972, 1219 ff; Schmidt-Salzer, DVBl. 1972, 391 f; Wagenitz, DVBl. 1972, 392 f; vorher hat bereits Redeker, Fragen der Kontrolllichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757 ff die gleiche Problematik behandelt.
- 45) Bachof, JZ 1972, 208 ff (208). Ob es nun tatsächlich zu der von Bachof vorhergesagten Neuorientierung der höchststrichterlichen Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum kommt (S.209), erscheint angesichts der jüngsten Rspr des BVerwGs eher zweifelhaft, vgl. BVerwG v. 29.9.1972, BVerwGE 40, 353 ff (356 ff); dazu auch Kellner, DÖV 1972, 801 ff (806); vgl. dazu auch OVG Münster, v. 23.6.1972, NJW 1973, 382 (ohne Gründe).
- 46) BVerwG v. 12.1.1966, BVerwGE 23, 112 ff (114); v. 15.1.1967, BVerwGE 28, 223 ff (224).
- 47) Kritisch vor allem v.Olshausen, JuS 1973, 217 ff; Müller, NJW 1972, 1287 f; zustimmend Bachof, JZ 1972, 208 ff; Ossenbühl, DÖV 1972, 401 ff.
- 48) Zustimmend im Ergebnis auch Müller, aaO, S.1288.

und deshalb die vom BVerwG gezogene Folgerung, bei unbestimmten Rechtsbegriffen mit wertendem Einschlag einen Beurteilungsspielraum anzuerkennen, zu eng sei,⁴⁹⁾ geht sie fehl, weil das Gericht zu Recht dort von der vollen Überprüfbarkeit abgerückt ist, wo sie am zweifelhaftesten war. Dem Urteil kann nicht entnommen werden, daß das Gericht verkannt hat, daß die Anwendung eines jeden unbestimmten Rechtsbegriffs mit einer Wertung verbunden ist. Jedoch kann nicht bestritten werden, daß es bei den Rechtsbegriffen unterschiedliche Grade der Bestimmtheit gibt. Jedenfalls ist die Wertung, ob eine Schrift geeignet ist, die Jugend zu gefährden mit größerer Unsicherheit behaftet als die, ob es sich um eine "rote" oder "blaue" Fahne handelt.

Mit der Erkenntnis, daß verschiedene Rechtsanwender zu verschiedenen Ergebnissen gelangen können, die in gleicher Weise vertretbar sind, ist jedoch nicht gesagt, daß auch beide Entscheidungen rechtmäßig sind.⁵⁰⁾ Von der Vertretbarkeit einer Entscheidung kann nicht auf deren Rechtmäßigkeit geschlossen werden. Rechtmäßig kann nur eine Entscheidung sein.⁵¹⁾ Darauf wird noch einzugehen sein. Dabei kann, auch das ist im genannten Urteil des BVerwGs angedeutet,⁵²⁾ das Rechtsanwendungsverfahren nicht ohne Bedeu-

49) v.Olshausen, JuS 1973, 217 ff (218); Müller, NJW 1972, 1587 f (1588).

50) Dies wird vom BVerwG nicht so deutlich ausgesprochen, die unklare Ausdrucksweise und die fehlende eindeutige Differenzierung zwischen einer vertretbaren und einer richtigen = rechtmäßigen Entscheidung führte zu einiger Verwirrung in der kommentierenden Literatur.

51) So deutlich Ossenbühl, DÖV 1972, 401 ff (402); Kellner, DÖV 1972, 801 ff (803 f); unklar allerdings Bachof, JZ 1972, 208 ff (208); ders., JZ 1972, 641 ff (645); ebenso v.Olshausen, JuS 1973, 217 ff (219); vgl. noch Erichsen, VerwArch Bd.63 (1972), S.337 ff (342).

52) BVerwGE 39, 197 ff (203 f) = NJW 1972, 596 ff (597 f) = DÖV 1972, 419 ff (420 f).

tung bleiben.

B) Die Determination der Ermessensentscheidungen

Den Überwachungsbehörden ist bei ihrer auf die Generalklausel gestützten gefahrenabwehrenden Tätigkeit in dreierlei Hinsicht ein Ermessen eingeräumt. Herkömmlich unterscheidet man dabei nur zwischen dem Einschreitens- und dem Auswahlermessen⁵³⁾; jedoch besteht bei letzterem ein Ermessen sowohl hinsichtlich des Mittels als auch hinsichtlich der polizeipflichtigen Person.

I) Ermessen als Strukturprinzip der Verwaltung

Es besteht hier nicht die Absicht, das "Trümmerfeld nicht zusammengefügtter Ungereimtheiten" der heutigen Ermessenslehre⁵⁴⁾ um einen weiteren Beitrag zu erweitern. Vielmehr ist in einer Analyse von Rechtslehre und Rechtsprechung zu prüfen, wie weit das Ermessen verrechtlicht⁵⁵⁾ ist. Insofern geht es auch um die Feststellung, ob nicht überhaupt die Determination von Ermessen ein Widerspruch in sich ist.

Die ermessensgewährende Norm ist durch eine gewollte Mehrdeutigkeit gekennzeichnet,⁵⁶⁾ indem sie bei der Tatbestandsverwirklichung zumindest zwei Rechtsfolgen für möglich ansieht, die in gleicher Weise richtig sind.⁵⁷⁾ Der

53) Drews-Wacke, S.161; H.J.Wolff, VwR III, § 125 IV a 1 (S.55).

54) So Rupp, Grundfragen, S.198.

55) Klaus Meyer, Betrachtungen über die Verwaltung aus der Sicht der Rechtsprechung, DÖV 1969, 162 ff (163).

56) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.120 zu Art.20; Im Einzelfall ist immer anhand des Gesetzeszweckes zu prüfen, ob der Verwaltung tatsächlich ein Ermessen eingeräumt worden ist, vgl. VGH Kassel v. 18.1.1972, DVBl. 1972, 834 ff (835) m.w.N., insbesondere BVerwG v.29.4.1964, BVerwGE 18, 247 ff (250); das kann besonders bei den sog. Koppelungsvorschriften große Schwierigkeiten machen, vgl. die Entscheidung GmS OBG v. 19.10.1971, BVerwGE 39, 355 ff (364 ff) zu § 131 I 1 AO.

57) In diesem Sinn Lerche, Art. Ermessen, in: Staatslexikon, S.12 ff (12).

Sinn dieser Regelung ist, der Verwaltung die Lösung im Einzelfall zu übertragen, weil der Gesetzgeber nicht imstande ist, alle Fallgestaltungen des Lebens vorausschauend zu regeln.⁵⁸⁾ Die Ermessenseinräumung trägt so den Gegebenheiten der Staatswirklichkeit Rechnung⁵⁹⁾ und überläßt der Verwaltung die Entscheidung darüber, welches das im Einzelfall zweckmäßigste⁶⁰⁾ und gerechteste⁶¹⁾ Vorgehen ist.

II) Die Grenzen des Ermessens

Die Verwaltung ist nun aber nicht frei in der Auswahl der ihr durch das Ermessen ermöglichten Handlungsalternativen. Auch Ermessen ist Gesetzesvollzug⁶²⁾ und als solcher an Verfassung und Gesetz und Recht gebunden.⁶³⁾ Neben den

58) H.J.Wolff, VwR I, § 31 II a (S.184).

59) v.Köhler, Rechtsstaat u. Opportunitätsprinzip, DÖV 1956, 744 ff (745).

60) Bachof, JZ 1972, 641 ff (642).

61) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (68 f); vgl. auch Morstein Marx, Hierarchie und Entscheidungsweg, in: Verwaltung, S.109 ff (121).

62) Auf die Ermessensproblematik kann hier nicht in aller Breite eingegangen werden. Einen guten Überblick bietet H.J.Wolff, VwR I, § 31; hinsichtlich der neueren Literatur darf auf die Hinweise oben S.77 Anm.44 verwiesen werden, ferner Engisch, Einführung, S.236 Anm.118 b; S.237 ff Anm.123; ausdrücklich, weil dort nicht genannt seien noch W.Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S.149 ff; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1970, S.266 ff.

63) So eindeutig zuerst Ehmke, Ermessen, S.43 ff; vgl. ferner Bachof, JZ 1972, 641 ff (643); ders., VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (69); Mayer, Opportunitätsprinzip, S.18f; ders., in: Mayer-Ule, Staats- und Verwaltungsrecht, S.141 f; Meyer, DÖV 1969, 1273 ff (1275); Morstein Marx, Bürokratie, S.221; ders., Hierarchie und Entscheidungsweg, in: Verwaltung, S.109 ff (121); Müller, DÖV 1969, 119 ff (123); Ossenbühl, DÖV 1968, 84 ff (89); Rupp, Grundfragen, S.177 ff; ders., NJW 1969, 1273 ff (1275); Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.155; Zippelius, Einführung, S.16 f, 117, 120; spezifisch zur Überwachungsverwaltung, Dietel, DVBl. 1969, 569 ff; Rittstieg, Grenzen ausländerbehördlichen Ermessens, JZ 1971, 113 ff; aus der Rechtsprechung insbesondere die Betonung der Bedeutung der Wertordnung des GG für das Ermessen durch das BVerfG in den Entscheidungen v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 ff (205); v. 16.2.1965, BVerfGE 18, 353 ff (363); und vom 1.3.1966, BVerfGE 19, 394 ff (396).

Grundrechten sind hier vor allem die Prinzipien des Übermaßverbotes, der Zumutbarkeit und der Interessen- und Güterabwägung zu nennen.⁶⁴⁾ Positivrechtlich ist hier bei § 114 VwGO anzusetzen.⁶⁵⁾ Wenn dort die Kontrolle von Ermessensentscheidungen der Verwaltung durch die Gerichte auf die Prüfung beschränkt wird, ob "die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde", dann ist dies zugleich die Grenze, an der der Verwaltungseigenraum beginnt.

Die Determinationskraft der sog. inneren Ermessenssschranken ist gering. Ob die Behörde in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise vom Ermessen Gebrauch gemacht hat, ist vor allem eine Frage ihrer Motivation.⁶⁶⁾

Die Behörde macht immer dann in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise vom Ermessen Gebrauch, wenn sie überhaupt von einem ihr zustehenden Ermessen Gebrauch gemacht hat⁶⁷⁾ und wenn dem Tätigwerden der Überwachungsbehörden polizeiliche d.h. auf Gefahrenabwehr gerichtete Motive zugrundeliegen.⁶⁸⁾ Diese Mißbrauchsschranke ist

64) Ebenso ausdrücklich Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1973), S.173 ff (183).

65) Obwohl diese Grenzen nicht durch § 114 VwGO gezogen, sondern vorausgesetzt werden, vgl. aber die entsprechende ausdrückliche Regelung in § 36 Entwurf VwVfG 1973.

66) Vgl. Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.42 (m.z.N.).

67) H.J.Wolff, VwR I, § 31 II d 1 b (S.189); BVerwG v.22.6.1959, BVerwGE 9, 9 ff (14); v. 24.2.1960, BVerwGE 10, 176 ff (180).

68) So insbesondere die vom pr.OVG begründete Rechtsprechung, vgl. pr.OVG v. 22.2.1966, prOVGE 50, 361 ff (363); v. 18.5.1969, prOVGE 54, 261 ff (265); v. 10.10.1916, prOVGE 71, 428 ff (431); ferner ba-wü VGH v. 20.12.1956, ESVGH 7, 36 (39 f); OVG Münster, v.23.11.1954, OVGE 9, 180 ff (181 f); entsprechend normiert § 6 II hessSOG ausdrücklich daß die Polizeiverfügungen nicht lediglich den Zweck haben dürfen, der Verwaltung die Durchführung ihrer Aufgaben zu erleichtern.

insofern nur von geringem Wert, als die Behörde noch im gerichtlichen Verfahren sachfremde Gründe durch das Nachschieben von sachgemäßen ersetzen kann.⁶⁹⁾

Eine Determination des Verwaltungshandelns kann insofern, wenn überhaupt, nur von den unter dem Begriff der Ermessensüberschreitung zusammengefaßten äußeren oder objektiven Schranken des Ermessens erwartet werden und zwar im Hinblick auf das Einschreitens- und Auswahlermessen vor allem von den Prinzipien des Übermaßverbotes und dem Gleichheitssatz.⁷⁰⁾

1) Die Determination des Einschreitensermessen

Die auf die Generalklausel gestützte Gefahrenabwehr steht unter der Dominanz des Opportunitätsprinzips. Danach enthält die Generalklausel keine Verpflichtung zum Einschreiten, sondern stellt die Entscheidung über das Einschreiten in das Ermessen der Behörde.⁷¹⁾

a) Einschreitensermessen und Übermaßverbot

Trotz einiger Anfechtungen⁷²⁾ ist die Geltung des Opportunitätsgrundsatzes beim auf die Generalklausel gestützten Handeln der Überwachungsbehörden insgesamt unbestritten.⁷³⁾

Dieser Ermessensspielraum ist jedoch überschritten, wenn

69) Ebenso H.J.Wolff, VwR I, § 31 II d 2 b (S.191).

70) Zu den äußeren Ermessenssschranken mit anderer Terminologie H.J.Wolff, VwR I, § 31 II d 2 (S.189 ff); Forsthoff, VerwR I, S.95 ff.

71) H.J.Wolff, VwR III, § 125 IV a 1 (S.55).

72) Vgl. vor allem Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.126 ff, insbesondere S.164.

73) Vgl. hier nur F.Mayer, Opportunitätsprinzip, S.18 ff; Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.214 ff; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.164; Götz, Polizeirecht, S.64 ff; Ule, Streik, S.59 ff jeweils m.w.N.; Bachof, Anmerkung, DVBl. 1961, 128 ff; OVG Münster v.6.10.1970, VerwRspr Bd.22 (1971), S.442 ff (443).

die Ermessensentscheidung mit den Geboten des Übermaßverbotes nicht im Einklang steht.⁷⁴⁾ Unter dem Oberbegriff Übermaßverbot werden die Prinzipien der Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit verstanden.⁷⁵⁾ In negativer Hinsicht gebietet das Prinzip der Geeignetheit, daß die Überwachungsbehörde von einem Einschreiten absieht, wenn kein Mittel vorhanden ist, das angestrebte Ziel der Gefahrenabwehr näherzubringen.⁷⁶⁾

Die Behörde muß ferner dann von einem Einschreiten absehen, wenn ein Einschreiten zu unverhältnismäßigen Schäden an anderen Rechtsgütern führen würde,⁷⁷⁾ so wenn das Vorgehen gegen eine vieltausendköpfige Menschenmenge zu Blutvergießen führen würde.⁷⁸⁾

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt das Einschreitensermessen der Behörde aber auch in positiver Hinsicht. Im Anschluß an Entscheidungen des OVG Lüneburg⁷⁹⁾

-
- 74) Zur Begrenzung des Opportunitätsprinzips vgl. Drews-Wacke, S.161 ff, sowie die Regelung des Ermessens in § 73 LVwG SchlH.
- 75) Vgl. hier nur Lerche, Übermaß, S.19; v.Krauss, Grundsatz, S.5 f, 14; H.J.Wolff, VwR I, § 30 II b 1 (S.170 f) auf den Inhalt und den Standort dieser Grundsätze wird noch zurückgekommen.
- 76) Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.136, Anm.582; dieser Fall dürfte mehr theoretischen Charakter haben, da eine Minderung der Gefahr ausreichend ist, vgl. Drews-Wacke, S.283; OVG Lüneburg vom 25.10.1956, DVBl. 1957, 275 ff (276) - Schiffsschaukelfall -.
- 77) Drews-Wacke, S.169 f; Schmidt-Salzer, Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessensermächtigungen, VerwArch Bd.60 (1969), S.261 ff (273).
- 78) OLG Celle, v.21.1.1971, DÖV 1972, 243 ff (244 f) zum Boykott der Verkehrsbetriebe in Hannover; a.A. Ule, Streik, S.78 f zur Vorinstanz LG Hannover v.14.5.1970, DVBl. 1971, 520 ff; nach Ule soll sich die Behörde in schweren Fällen von mit Strafe bedrohten Handlungen nicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berufen dürfen. In der Tat ist diese Rechtsprechung sehr problematisch, und man wird ihr nur zustimmen können, wenn die Behörde von vornherein alles getan hat, um eine solche Konfrontation und Eskalation zu vermeiden. Ansonsten brauchte nur die Existenz eines militanten, zum kompromißlosen Vorgehen entschlossenen Störers ge-

und des BVerwGs⁸⁰⁾ wurde durch Rechtsprechung und Lehre der Grundsatz entwickelt, daß eine Verpflichtung⁸¹⁾ der Behörde zum Einschreiten besteht, wenn besondere wichtige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet werden oder ein erheblicher Schaden droht.⁸²⁾ Zwar wird dies an keiner Stelle

noch 78) geben zu sein und damit die Gefahr von schweren Opfern an Menschen und Sachen bestehen, dann würde nicht Gesetz und Recht die Gewährung von Rechten und deren Gewährleistung bestimmen, sondern das Verhalten von Rechtsbrechern. Ein Ergebnis, das rechtsstaatlichen Grundsätzen konträr entgegenlaufen würde. Vgl. dazu Pappermann, Anm. zum Urteil des OVG Saarlouis v. 16.11.1969, JZ 1970, 283 ff (286), ferner Schmidt-Jortzig, JuS 1970, 507 ff; nunmehr erfolgte im Hauptverfahren eine Korrektur der damals im Verfahren nach § 80 V VwGO ergangenen Entscheidungen, vgl. das Urteil des OVG Saarlouis v. 17.5.1973, DOV 1973, 863 ff. Vgl. dazu auch die instruktiven Urteile des proVG aus bewegten Zeiten: proVG v. 12.1.1923, proVGE 78, 261 ff (266); v. 21.6.1923, proVGE 78, 267 ff (272); v. 27.9.1923, proVGE 78, 272 ff (277); v. 7.2.1924, proVGE 78, 279 ff (281).

noch 79) OVG Lüneburg v. 30.6.1960, DVBl. 1960, 648 f.

80) BVerwG v. 18.8.1960, BVerwGE 11, 95 ff.

81) In diesem Fall wird die oft besprochene "Ermessensschumpfung auf Null" relevant.

82) Diese Auffassung ist heute nahezu unbestritten, der Bürger hat hier einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung; vgl. aus der Literatur: Bachof, DVBl. 1961, 128 ff (130); ders., Verfassungsrecht, Bd.1, S.283; Buschlinger, DOV 1965, 374 ff (377); Drews-Wacke, S.163 f; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S.166 f; v.d.Groeben-Knack, LVwG SchlH, § 171 Rdnr.4.2,4.3; Goetz, Polizeirecht, S.65 f; Henke, DVBl. 1964, 649 ff (654 f); ders., DVBl. 1965, 780 ff (783 ff); König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, S.287; ders., BayVBl. 1969, 45 ff (47); Hoffmann Becking, Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung, DVBl. 1970, 850 ff; Kloepfer, Grundrechte, S.6 ff m.z.N.; Martens, JuS 1962, 245 ff (247); F.Mayer, Opportunitätsprinzip, S.31 ff, 34 f; Menger-Erichsen, VerwArch Bd.57 (1966), S.175 ff, 180 ff; Obermayer, JuS 1963, 112; Rupp, Grundfragen, S.271 f; Scheer, Polizei- und Ordnungsrecht, S.33; Schiedermaier, Einführung, S.245 f; Schatz, Grenzen, S.78, 170, 200, 374; Schneeberger, Ordnungsbehördliches Ermessen und Rechtsanspruch auf Eingriffe gegen Dritte, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe Speyer, Bd.13, Berlin, 1962, S.77 ff (80, 90); Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.162;

ausdrücklich ausgesprochen, jedoch handelt es sich bei der zu einer Reduzierung des Ermessens auf Null führenden Überlegung um eine Abwägung im Rahmen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit.

Diese Rechtsprechung hat nur vereinzelt Widerspruch gefunden, wenn auch in der Diskussion nicht immer klar genug zwischen der Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten und einem Recht des Bürgers auf Einschreiten getrennt wurde.⁸³⁾ Der von Schroer erhobene Vorwurf, die Recht-

noch 82) Schwabe, Mißdeutungen um das "Elfes-Urteil" des BVerfG und ihre Folgen, DÖV 1973, 623 ff (628 ff); Franz Hubert Timmermann, Der baurechtliche Nachbarschutz, 1969, S.156 ff; Ule-Rasch, § 14 Rdnr.68; Ule, BB 1972, 1076 ff (1077 f); ders., Streik, S.52 ff, insb. S.66 ff; Wiethaup, Lärmbekämpfung, S.83 ff; ders., Schutz, S.54 ff; H.J.Wolff, VwR III, § 125 IV b 2 (S.57); vgl. schließlich noch Malzer, Zum Antragsrecht und Rechtsanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde, DB 1972, 1955 f; a.A. Schroer, DÖV 1962, 132 ff; sowie weitere Nachweise bei Kloepfer, Grundrechte, S.6 f (Anm.25); aus der Rechtsprechung vgl. nur BVerwG v. 25.2.1969, 586 = DÖV 1969, 465; OVG Lüneburg v.10.5.1963, DÖV 1963, 769 ff; v.23.6.1967, 779 ff = DÖV 1968, 213 f; OVG Münster v.15.4.1964, DVBl. 1964, 681 (682); v.25.1.1967, OVG 23, 78 ff = DVBl. 1967, 546 ff (547); v.21.5.1968, OVG 24, 72 ff; v.23.3.1972, DÖV 1972, 863 ff (864); VGH Mannheim v.12.7.1967, ESVG 18, 223 ff (228); v.26.6.1972, JZ 1973, 165 ff (167); bayVGH NF Bd. 19, 161 ff; OVG Saarlouis v.12.12.1968, DVBl. 1969, 595 f; VGH Kassel v.12.7.1968, DVBl. 1970, 66 ff (67); VG Schleswig v.22.9.1971, Gewerbearchiv 1972, 267 ff (268 f); a.A. ist soweit ersichtlich nur das VG Minden v.13.5.1964, DVBl. 1965, 780 ff (783).

- 83) Typisch dafür Bettermann, Gewererechtliche Nachbarklage, NJW 1961, 1097 ff (1099); zu undifferenziert auch BVerwG v.25.2.1969, DÖV 1969, 465 = DVBl. 1969, 586. Ob der Bürger ein Einschreiten der Behörde verlangen kann, hängt vor allem von dem Bestehen eines subjektiven Rechts ab, vgl. dazu Bachof, DVBl. 1961, 128 ff (130); Schnapp, DVBl. 1969, 596 ff (597); Ob auch die Generalklausel einen Anspruch gewährt, ist noch ungeklärt, vgl. BVerwG v.29.10.1963, BVerwGE 17, 87 ff (92); Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.287 ff (287); bislang ist die Diskussion noch nicht wesentlich über einen Rechtsreflex hinausgekommen, obwohl Martens, JuS 1962, 245 ff (249) einen wohlbegründeten Anstoß zur Neuorientierung in Richtung subjektiv öffentliches Recht gab, vgl. ferner dazu

sprechung verstoße gegen den Wortlaut des Gesetzes, es würden sich nämlich Ermessen und Pflicht zum Tätigwerden gegenseitig ausschließen,⁸⁴⁾ hat begrifflich manches für sich. Er beachtet aber zuwenig, daß das Einschreitensermessen immer pflichtgemäßes Ermessen ist. Hier zeigt sich schon die begriffliche Verbindung zwischen Ermessen und Verpflichtung zum Einschreiten. Außerdem beinhaltet in den Fällen der Reduzierung des Ermessens auf Null die Ermessensentscheidung die Verpflichtung der Behörde zum Tätigwerden. Soweit Schroer gegen die Rechtsprechung einwendet, daß die von ihr entwickelten Kriterien wegen fehlender Bestimmtheit unbrauchbar seien, da man nicht exakt feststellen könne, wann ein zum Einschreiten führender Schaden drohe und wann besonders wichtige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet seien,⁸⁵⁾ ist seiner Kritik zuzustimmen. Dies ist aber nicht eine spezifische Schwäche dieser Rechtsprechung, sondern überhaupt ein Mangel der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

Wellhöfer meint dagegen, daß das Prinzip der Verhältnismäßigkeit keine Schranke des Entschließungsermessens formiere⁸⁶⁾ und erhebt den Vorwurf, daß Opportunitätsprinzip und Übermaßverbot unzulässigerweise miteinander vermengt werden.⁸⁷⁾ Wellhöfer geht unzutreffend von einer strikten Trennung von Opportunitätsgrundsatz und Übermaßverbot aus, wenn er meint, daß die Opportunität allein die Prüfung verlange, ob ein Einschreiten im Einzelfall überhaupt geboten sei, die Gestaltung und Ausformung des Handelns hingegen allein eine Frage des Übermaßverbotes sei.⁸⁸⁾ Die Ansicht

noch 83) Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.186; Schmitt, Gesetzesvollziehung, S.162 ff, die allgemein den Zweck polizeilicher Ermächtigungsvorschriften im Schutz privater Interessen sehen, richtig König, BayVB1. 1969, 45 ff (48).

84) Schroer, Amtshaftung bei Gefahrenabwehr, DÖV 1962, 132 ff (134 f).

85) Schroer, aaO, S.134.

86) Wellhöfer, Übermaßverbot, S.100.

87) Wellhöfer, aaO, S.106.

88) aaO, S.107.

ist schon deshalb unhaltbar und abzulehnen, weil sie den Vorrang des verfassungsmäßigen Verbotes des Übermaßes nicht berücksichtigt, das Richtschnur sowohl für das "Ob" als auch das "Wie" des staatlichen Handelns ist.

- b) Grundsätzlich kommt eine Determination auch durch eine gleichmäßige Verwaltungsübung in Betracht. Jedoch wird eine Selbstbindung der Verwaltung in der Praxis in der Regel an der Nichtidentität der Sachverhalte scheitern. Insofern ist der Gleichheitssatz hier nur von theoretischer Bedeutung.

2) Determination des Auswahlermessens

a) Auswahl unter mehreren Mitteln

aa) Übermaßverbot als Entscheidungsdeterminante

Die Postulate des Übermaßverbotes, die Prinzipien der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entfalten ihre volle Wirkung im Hinblick auf das anzuwendende Mittel. In diesem Sinn sind die Prinzipien auch Bestandteil der Polizei- und Ordnungsgesetze.⁸⁹⁾ Dabei stehen die Grundsätze in einem Abhängigkeits- und Stufenverhältnis, das die zulässige Maßnahme in einem fortlaufend sich verengenden Filterungsvorgang herauskristallisiert.⁹⁰⁾ Nur eine Maßnahme, die geeignet ist, den angestrebten Erfolg näher zu bringen,⁹¹⁾ kann eine erforder-

89) Nicht entscheidend sind dabei die terminologischen Unterschiede. Die Gesetze sprechen überwiegend von der Verhältnismäßigkeit i.w.S., die mit dem Übermaßverbot identisch ist. Vgl. §§ 41 II 2 prPVG, 5 bawüPG; Art. 8 I, II bayPAG; §§ 3 brPG; 4 I, II hmbSOG; 30 II 2 ndsSOG; 15 nwOBG; 21 nwPolG; 2 rhpfPVG.

90) Plastisch spricht Steckert, Zulässigkeit und Kosten polizeilich veranlaßter Abschleppmaßnahmen von verkehrswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, DVBl. 1971, 243 ff (245) von der Stufentrias Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit.

91) Vgl. dazu Gentz, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600 ff (1603) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfGs; Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.27 f; Wellhöfer, S.15 f m.z.N.; vgl. noch aus der Rechtsprechung: BVerfG v.9.3.1971, DÖV 1971, 417 f = NJW 1971, 1603; BVerwG v.27.1.1967, BVerwGE

derliche sein,⁹²⁾ also den geringst möglichen Eingriff beinhalten.⁹³⁾ Auch zwischen den Grundsätzen der Geeignetheit und Notwendigkeit einerseits und der Verhältnismäßigkeit andererseits bestehen ähnliche Wechselbeziehungen. So kann eine Maßnahme dann nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, der eine Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen des hoheitlichen Handelns gebietet,⁹⁴⁾ wenn sie gar nicht geeignet ist, die drohende oder bestehende Gefahr abzuwenden,⁹⁵⁾ weil damit stets ein sinnloser Einsatz von Personen und Sachmitteln verbunden ist. Dies gilt grundsätzlich auch für das Verhältnis von Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit,⁹⁶⁾ jedoch ist hier insofern eine Einschränkung zu machen, als dem Adressaten des hoheitlichen Handelns gestattet ist, ein anderes geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr anzubieten.⁹⁷⁾

noch 91) 26, 131 ff (133); v.7.5.1971, NJW 1971, 1956 ff (1960); OVG Lüneburg v.25.10.1968, OVG 11, 360 ff (363).

92) So vor allem Wittig, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des GG, DÖV 1968, 817 ff (817).

93) Vgl. Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1603 f) m.z.N.; Lerche, Übermaß, S.19; H.J.Wolff, VwR I, § 30 II b 1 (S.170); ferner Wellhöfer, Übermaßverbot, S.4 ff m.w.N.; BVerwG v.20.12.1960, DVBl. 1961, 247 f (248); Ba-Wü VGH v.10.9.1957, ESVGH 7, 34 ff (36); v.7.2.1957; ESVGH 7, 41 ff (43); OVG Münster, v.27.10.1959, OVG 15, 164 ff (170); v.22.11.1971, DVBl. 1972, 508 f (509).

94) v.Krauss, Grundsatz, S.14; Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1604); Lerche, Übermaß, S.19; Drews-Wacke, S.170; OVG Münster, v.22.11.1971, DVBl. 1972, 508 ff (509).

95) Wittig, DÖV 1968, 817 ff (817); Wellhöfer, Übermaßverbot, S.17; BVerwG v.7.5.1971, NJW 1971, 1956 ff (1960).

96) BVerwG v.16.12.1971, BVerwGE 39, 190 ff (195) = DVBl. 1972, 499 ff (502) = NJW 1972, 458 ff; einschränkend Wittig, aaO; wie hier auch Götz, Polizeirecht, S.72.

97) Diese Austauschbefugnis des Betroffenen war bereits in § 41 II 3 prPVG geregelt und ist in die meisten neueren Polizeigesetze aufgenommen, vgl. §§ 36 II brPG; 4 III hmbSOG; 8 hessSOG; 30 II ndsSOG; 21 nrwOBG; 49 II rhpfPVG.

Dieses Mittel könnte auch ein unverhältnismäßiges sein, das die Behörde einseitig nicht auferlegen dürfte. Aus diesen Grundsätzen hat die Rechtsprechung detaillierte Maßstäbe für die Verwaltung, aber auch für den Gesetzgeber⁹⁸⁾ hergeleitet. Dazu einige verdeutlichende Beispiele.

Nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit darf die Behörde nicht die Genehmigung zum Bau einer Garage mit der bloßen Feststellung verweigern, daß der Bau im vorgesehenen Ausmaß und am vorgesehenen Platz nicht zulässig ist, wenn sie weiß, daß es dem Antragsteller nur um eine Garage schlechthin geht.⁹⁹⁾ Die hier der Verwaltung auferlegte Verpflichtung, sich um die Erfüllung des Anliegens des Bürgers zu bemühen, kennzeichnet überhaupt die Tätigkeit der Baugenehmigungsbehörden, die gehalten sind, durch Erteilung von Dispens und Ausnahmebewilligungen¹⁰⁰⁾ und Beifügen von Nebenbestimmungen¹⁰¹⁾ zur Baugenehmigung, der Baufreiheit zur optimalen Verwirklichung zu helfen,¹⁰²⁾

98) Vgl. hier BVerfG v.9.3.1971, DÖV 1971, 417 f zur Geeignetheit gesetzlicher Maßnahmen, ebenso BVerfG v. 16.7.1969, BVerfGE 27, 1ff (9); besonders deutlich zur Verhältnismäßigkeit des Zuverlässigkeitsnachweises und des Sachkundennachweises des Einzelhandelsgesetzes, BVerwG v. 17.1.1972, BVerwGE 39, 247 ff (253 f) = NJW 1972, 784 ff; BVerfG v.11.10.1972, BVerfGE 34, 71 ff (78) = NJW 1972, 2261 f = JZ 1972, 737 ff = DVBl. 1972, 922 f.

99) VGH Mannheim v.23.9.1970, VerwRspr Bd.22 (1971), S.421 ff (424).

100) Dazu Hoppe, Das Ermessen bei der Erteilung baurechtlicher Ausnahmen und Befreiungen, DVBl. 1969, 340 ff (343, 346) m.z.N.; es kann Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.154 f nicht gefolgt werden, wenn er die Erteilung von Ausnahmen bei den Verboten mit Erlaubnisvorbehalt nicht zum Auswahl-, sondern zum Entschließungsermessen zählt. Tatsächlich ist es gerade umgekehrt. Die Behörde muß aufgrund des Antrags tätig werden, hat also hinsichtlich des Tätigwerdens gar kein (Einschreitens-) Ermessen, sondern nur das Auswahlermessen, ob sie dem Antrag statgeben will oder nicht.

101) Vgl. hier Roellecke, Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, DÖV 1968, 333 ff; Weyreuther, Über "Baubedingungen", DVBl. 1969, 232 ff; 295 ff; OVG Münster v.27.10.1959, OVG 15, 164 ff (167).

da eine völlige Versagung unverhältnismäßig sein würde. Unverhältnismäßig ist es auch, die Ausübung eines ohne Erlaubnis betriebenen Gewerbes sogleich nach § 15 Abs.2 GewO zu verhindern oder den Abbruch eines ohne Baugenehmigung errichteten Gebäudes zu verfügen, ohne vorher geprüft zu haben, ob eine nachträgliche Genehmigung in Betracht kommt.¹⁰³⁾ Der Grundsatz der Erforderlichkeit, der stets der Behörde die Prüfung auferlegt, ob nicht auch ein weniger belastendes Mittel ausreicht,¹⁰⁴⁾ beschränkt die Verwaltung auch dort, wo ihr durch das Gesetz offensichtlich mehrere Alternativen zur Verfügung gestellt sind. Danach ist eine vollständige Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO nicht erforderlich, wenn sich die Unzuverlässigkeit nur auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern bezieht, da hier die Gewerbeuntersagung auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern beschränkt werden kann.¹⁰⁵⁾

Dies mag als Anschauung dafür, wie weit die Postulate des Übermaßverbotes in die Verwaltungstätigkeit einwirken, ausreichen. Wie weit aber das Verwaltungshandeln dadurch tatsächlich determiniert ist, hängt vor allem davon ab,

-
- 102) In die gleiche Richtung zielt BVerwG v.29.4.1964, BVerwGE 18, 247 ff (250 f), wenn es die Kannvorschrift des § 35 II BBauG in eine Mußvorschrift umdeutet.
- 103) Vgl. H.J.Wolff, VwR III, § 136 VI h 2 (S.151) m.z.N. zur Zulässigkeit einer Abbruchverfügung; ders., § 135 IV c 3 (S.132 f) zur Gewerbeuntersagung; zum letzteren auch Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.283; vgl. ferner Meyer, Bauabrißverfügung bei festgestellter nur formeller Illegalität, MDR 1971, 978 ff (979); Sahlmüller, Das Verhältnis der Beseitigungsanordnung zur Baugenehmigung, BayVB1. 1972, 62 ff (62 f).
- 104) BVerwG v.16.12.1971, BVerwGE 39, 190 ff (195) = DVBl. 1972, 499 ff (502); OVG Lüneburg v.30.10.1970, OVGE 27, 321 ff (324).
- 105) So OVG Lüneburg v.30.11.1971, Gewerbearchiv 1972, 120 f (121); vgl. dazu auch BVerwG v.24.2.1966, BVerwGE 23, 280 ff (286 f) ebenfalls zu § 35 I GewO und Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, § 24 a Anm.3 zur Wahl zwischen Beseitigung und Stilllegung einer ohne Erlaubnis errichteten und betriebenen Anlage.

mit welchen Kriterien die Geeignetheit einer Maßnahme gemessen wird und welche Bezugspunkte die Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsabwägung haben. Das ist eine Frage des Inhalts der Postulate des Übermaßverbotes, auf die noch eingegangen wird.

bb) Der Gleichheitssatz als Entscheidungsdeterminante

Steht der Überwachungsverwaltung, wie hier bei der Auswahl des anzuwendenden Mittels, ein Ermessen zu, dann kann sie sich bei ihrer Ermessensbetätigung von Verwaltungsvorschriften leiten lassen,¹⁰⁶⁾ ohne daß etwa dadurch die Entscheidung den Charakter einer Ermessensentscheidung verliert.¹⁰⁷⁾ Die bindende Kraft geht dabei allerdings nicht von einer normativen Wirkung der Verwaltungsvorschriften aus, sondern die Verwaltung ist aufgrund ihrer ständigen Verwaltungsübung gegenüber dem Bürger aufgrund des Gleichheitssatzes des Art.3 GG verpflichtet, alle dem Vergleichsmaßstab entsprechenden Einzelfälle auch gleichmäßig zu behandeln.¹⁰⁸⁾ Die Verwaltung hat danach ihrem Handeln ein System zugrundegelegt und rechtlich

106) Daß der Verwaltung überhaupt ein Ermessen zustehen muß, wird oftmals übersehen, zu Recht wird dies deshalb vom BVerwG v.10.12.1969, BVerwGE 34, 278 ff (280) = NJW 1970, 675 f (675) = MDR 1970, 357 = DÖV 1970, 275 betont; vgl. ebenso deutlich Sarnighausen, Zur Gleichbehandlung von Baugesuchen, MDR 1969, 1 ff.

107) BVerwG v.22.1.1969, MDR 1969, 695 f (696).

108) So BVerwG v.10.12.1969, BVerwGE 34, 278 ff = NJW 1970, 975 = DÖV 1970, 275 ff = DVBl. 1970, 358 = MDR 1970, 357 ff; Vgl. die Anmerkung zu diesem Urteil von Ossenbühl, Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung, DÖV 1970, 264 ff; Schmidt, Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften, JuS 1971, 184 ff; ferner Kalkbrenner, Der Gleichheitssatz im Baurecht, BayVBl. 1970, 81 ff mit umfangreichen Nachweisen; Kreutzer, Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften, MDR 1970, 564 ff; vgl. auch noch BVerwG v.16.4.1969, BVerwGE 32, 16 ff (18 f); sowie aus der Literatur allgemein H.J.Wolff, VwR I, § 31 II d 2(S.190); Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.514 ff; ders., Die Verwaltungsvorschriften in der gerichtlichen Praxis, AöR 92 (1967), S.1 ff;

Gleiches auch gleich und rechtlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln. Hält sie sich nicht an ihr System,¹⁰⁹⁾ so kann sie auch verpflichtet sein, im Einzelfall einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu erlassen.¹¹⁰⁾ Dennoch besteht nur in einem ganz geringen Maße die Gefahr, daß durch eine verhältnismäßig geringfügige Entscheidung, nämlich hier der Anwendung eines bestimmten Mittels, die Behörde unverhältnismäßig einschneidend gebunden wird.¹¹¹⁾

noch 108) Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.103 ff; Menger, Verwaltungsrichtlinien - autonome Rechtssetzung durch die Exekutive, in: Demokratie und Verwaltung, S.299 ff; Dicke, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung, VerwArch Bd.59 (1968), S.293 ff. Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S.101 ff. Einen weiterführenden Beitrag bringen die Ausführungen von Randelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht? Zur Problematik eines Anspruchs auf Beibehaltung rechtswidrigen Verwaltungshandelns, JZ 1973, 536 ff. Zu Recht hebt er darauf ab, welche Ausgestaltung der Gleichheitssatz im GG gefunden hat. Zwar ist es zweifelhaft, ob der Gleichheitssatz im Bereich der gesetzesakzessorischen Verwaltung tatsächlich nur den Charakter eines formalen Prinzips hat (S.538) oder ob nicht richtiger auch hier, wie im Bereich der nicht-akzessorischen Verwaltung, der Gleichheitssatz als Willkürverbot eine Gleichbehandlung im Unrecht verbietet (S.539), jedoch bietet seine Lösung, vom Vertrauensschutz her eine Gleichbehandlung im Unrecht im Einzelfall fordern zu können, einen überzeugenden Ansatz (S.544).

109) Zur Wahrung des Gleichheitssatzes durch Anwendung eines Systems vgl. Meyer, DÖV 1969, 162 ff (166) m.N..

110) Erstmals hat der VGH Mannheim v. 8.2.1971, NJW 1971, 954 f = DVBl. 1971, 184 ff mit zust. Anm. von Götz, S.186 ff einen Anspruch auf Gleichheit im Unrecht bejaht, allerdings in einem Fall, in dem die Norm quantitativ außer Kraft gesetzt war und eine Änderung bevorstand. Vgl. noch Götz, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, DVBl.1968, 93 ff (94); Bedeutsamer sind hier allerdings zwei weitere Entscheidungen des Gerichts, in denen gleichfalls eine Gleichheit im Unrecht angenommen wurde: So entschied das Gericht, VGH Mannheim v.8.3.1971, BauR 1972, 43 f, in einem Fall, in dem der Abbruch eines Wochenendhauses verfügt worden war, daß die Behörde nicht das schärfste Mittel anwenden darf, wenn sie gleiche Fälle milder (Benutzungsverbot) behandelt, ferner am 20. 4. 1972 Ba-WüVBl.1973, 14, daß eine Verfügung auf Abbruch ei-

Das liegt nun zunächst einmal daran, daß dort, wo Verwaltungsvorschriften bestehen, diese die Lebenssachverhalte nur unzureichend berücksichtigen können,¹¹²⁾ denn was durch Gesetz nicht für alle Fälle normiert werden kann, läßt sich auch nicht i.d.R. mittels einer anderen generellen Vorschrift regeln. Vor allem aber ist zu bedenken, daß der Gleichheitssatz zwar gebietet, Ungleiches ungleich und Gleiches gleich zu behandeln, daß er aber gerade keinen Maßstab zur Verfügung stellt, um feststellen zu können, was gleich und was ungleich ist. Soweit, wie hier, das Gesetz darüber keine Auskunft gibt, sind die Differenzierungsmaßstäbe außerhalb des Gesetzes zu suchen¹¹³⁾ und dies erfordert ein Zurückgreifen auf einen allgemeingültigen Wertmaßstab, der aber nicht zur Verfügung steht. Determinierende Wirkung geht vom Gleichheitssatz insofern vor allem dort aus, wo Massenvorgänge gleichsam automatische Entscheidungen verlangen, seltener im Hinblick auf die Auswahl des zur Gefahrenabwehr anzuwendenden Mittels.

b) Die Auswahl des Polizeipflichtigen

Bei der Auswahl desjenigen, den die Verwaltung zur Beseitigung einer Störung heranziehen will, kann die Behörde folgenden Konstellationen gegenüberstehen: Auswahlalternative zwischen Handlungs- oder Zustandsstörern; zwischen

noch 110) nes Wochenendhauses dann rechtswidrig ist, wenn kurz danach in der Nähe die Vergrößerung eines Jagdhauses in rechtswidriger Weise genehmigt wird.

111) K.Kübler/H.Kübler, Moderne öffentliche Verwaltung, Eine Einführung an Hand der Dienstordnung für die Staatsbehörden in Baden-Württemberg, 1971, S.94.

112) Kübler und Kube, Das Harzburger Modell - ein zeitgemäßer Führungsstil für die öffentliche Verwaltung?, Ba-WüVBl. 1972, 129 ff (132).

113) So Forsthoff, Staat, S.136 und ferner Ihle, Vertrag, S.48.

Handlungs- oder Zustandsstörern und Nichtstörern und zwischen mehreren Nichtstörern. Auch für die Beantwortung dieser Fragen kann auf die Grundsätze des Übermaßverbotes zurückgegriffen werden.¹¹⁴⁾ Entscheidend für die Auswahl des Polizeipflichtigen ist zwar bei der Auswahl des Pflichtigen in erster Linie der Gedanke der optimalen und schnellen Gefahrenabwehr,¹¹⁵⁾ jedoch dienen der Erreichung dieses Zieles die mit Hilfe des Übermaßverbotes entwickelten Regeln im besonderen Maße.

Um gleichsam die Störung an der Wurzel zu packen und die Gefahrenquelle auszuschalten, ist regelmäßig der Verhaltensstörer vor dem Zustandsstörer heranzuziehen,¹¹⁶⁾ be-

114) Drews-Wacke, S.229 ff, 244 ff; H.J.Wolff, VwR III, § 127 I d 3 (S.65) und § 127 II b 3 (S.69); Götz, Polizeirecht, S.83 ff; a.A. soweit ersichtlich nur Wellhöfer, Übermaßverbot, S.111 ff, seine Ablehnung ergibt sich daraus, daß er meint, daß dem Übermaßverbot der Gedanke fremd ist, zwischen mehreren Pflichtigen den am geringsten Belasteten in Anspruch zu nehmen (S.118 f), sondern sich immer nur auf den einzelnen Pflichtigen bezieht, so eindimensional ist das Übermaßverbot aber nicht!

115) Götz, Polizeirecht, S.84; OVG Münster v.24.3.1971, ZMR 1971, 372.

116) Drews-Wacke, S.245; Ule-Rasch, § 18 Anm.11; H.J.Wolff, VwR III, § 127 I d 3 (S.65); Müller-Heidelberg-Clauss, nds.SOG; § 5 Anm.3; Wachsmuth, Anordnungen nach Art. 100 Satz 1 und 2 BayBO gegen den Störer und seinen Rechtsnachfolger, in: Festschrift für Günther Küchenhoff, 1972, S.715 ff (716); Willigmann, Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, DVBl.1965, 761 ff (763); VGH Kassel v.20.6.1952, ESVGH 1, 229 ff (231 f); v.20.12.1969, MDR 1970, 791; OVG Berlin v.12.12.1951, AS 1, 7 ff (10); v.13.6.1951, DVBl.1952, 758 ff (759); v.12.12.1952, NJW 1953, 198 ff (199 ff); OVG Münster v.3.10.1963, DVBl.1964, 683 ff (684) = JZ 1964, 367 ff (368); OVG Koblenz v.16.12.1967, AS 10, 207 ff (208 f); v.16.11.1967, VerwRspr Bd.19 (1968), 849 ff (850); VG Freiburg v.15.2.1967, DVBl.1967, 787 ff (788).

sonders dann, wenn der Zustandsstörer gerade ein Opfer des Verhaltens des Handlungsstörers ist.¹¹⁷⁾ Der Handlungsstörer steht regelmäßig der Gefahr näher und seine Heranziehung hat insofern in der Regel den geringstmöglichen Eingriff¹¹⁸⁾ zur Folge und ist insoweit aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit geboten. Diese Kriterien sind auch dort anzuwenden, wo von mehreren heranzuziehenden Dritten einer als Nichtstörer in Anspruch genommen werden soll.¹¹⁹⁾ Im Verhältnis von Störer und Nichtstörer ist die Heranziehung des Nichtstörers das äußerste Mittel. Jedoch kann auch hier die Unverhältnismäßigkeit jeder anderen Gefahrenabwehr die Inpflichtnahme des Nichtstörers gebieten,¹²⁰⁾ dies namentlich dann, wenn die Inanspruchnahme des Störers oder eigene Maßnahmen der Behörde eine größere Gefahr heraufbeschwören würde.¹²¹⁾ Insoweit wirkt auch in diesen Bereich des Auswahlermessens das Übermaßverbot hinein und das Ausmaß der durch diese Prinzipien zu erreichenden Entscheidungsgewißheit ist abhängig von der determinierenden Kraft des Grundsatzes des Übermaßverbotes.

117) Götz, Polizeirecht, S.84.

118) So ausdrücklich OVG Koblenz v.16.11.1967, aaO; im übrigen ist die regelmäßige Heranziehung des Handlungsstörers vor dem Zustandsstörer in Art. 10 III bayPAG positiv geregelt.

119) Bochalli, Verwaltungsrecht, S.85; Schiedermair, Polizeirecht, S.28; Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.61 f; OVG Münster, v.19.10.1954, OVG 9, 130 ff (131 f).

120) H.J.Wolff, VwR III, § 127 II b 3 (S.69); Götz, Polizeirecht, S.97 jeweils m.w.N..

121) Nur aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit konnte die Behörde zu einem Verbot des NPD-Parteitages 1969 in Saarbrücken kommen, vgl. OVG Saarlouis v.16.11.1969, JZ 1970, 283 ff; vgl. nunmehr die Korrektur der Verbotsverfügung durch die Entscheidung im Hauptverfahren, OVG Saarlouis v. 17.5.1973, DÖV 1973, 863 ff. Zu den Gefahren, die hier mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verbunden sind vgl. oben S.83 f, Anm.78 und die weiteren Nachweise daselbst.

III) Die Determinationskraft des Übermaßverbotes

Wir haben gesehen, daß den Prinzipien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von Rechtslehre und Rechtsprechung bei den Ermessensentscheidungen erhebliche Bedeutung beigemessen wird. Inwieweit sie tatsächlich eine Entscheidung der Verwaltung determinieren können, hängt vor allem vom Inhalt dieser Prinzipien ab. Hier werden aber hochgeschraubte Erwartungen durch die gängigen und wenig aussagekräftigen Formulierungen enttäuscht. So wird einerseits der Grundsatz der Erforderlichkeit dahingehend verstanden, daß von mehreren zur Zweckerreichung geeigneten Mitteln nur das gewählt werden darf, das die geringsteinschneidensten Folgen hervorruft¹²²⁾ und andererseits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß die nachteiligen Folgen eines Eingriffs mit den angestrebten Vorteilen im richtigen Verhältnis stehen.¹²³⁾ Diese Aussagen sind zwar schlüssig, aber doch viel zu ungenau, um eindeutige Ergebnisse liefern zu können,¹²⁴⁾ denn in welche Richtung sind die Einschnidungen eines Eingriffs zu untersuchen, und wie lassen sich Vor- und Nachteile gegeneinander abwägen? Die Feststellung, ob dieser oder jener Eingriff milder ist oder einen größeren bzw. einen geringeren Schaden hervorruft, setzt die Existenz einer umfassenden und allgemein anerkannten Werte-Skala voraus,¹²⁵⁾ die es nicht gibt und nicht geben kann, denn jeder Bürger setzt bei den ihm zustehenden subjektiven Rechten die Akzente anders. Zudem scheitert die Messung der Schwere des

122) Lerche, Übermaß, S.19; Drews-Wacke, S.282; H.J.Wolff, VwR III, § 138 V b (S.175); v.Krauss, Grundsatz, S.65f; vgl. noch Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1603 f) m.z.N. zur Rechtsprechung des BVerfGs.

123) Lerche, Übermaß, S.19; Drews-Wacke, S.168; H.J.Wolff, VwR III, § 138 V c (S.175); vgl. noch Wellhöfer, Übermaßverbot, S.27 m.z.N.; Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1604) mit Nachweisen auf die Rechtsprechung des BVerfGs; ferner BVerwG v.16.12.1971, BVerwGE 39, 190 ff (195 f) = NJW 1972, 458 ff = DVBl.1972, 499 ff m.z.N..

124) Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (18).

125) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (275).

Eingriffs und die Abwägung von Vor- und Nachteilen der behördlichen Maßnahme oft daran, daß die Nebenfolgen und die Breitenwirkungen des Eingriffs nicht erkannt werden.¹²⁶⁾ So läßt sich schon die Geeignetheit einer Maßnahme als prinzipiell rein technische Vorfrage der Erforderlichkeit nur bei Maßnahmen mit begrenztem Probleminhalt zweifelsfrei bestimmen.

Ein Ausweg aus diesem Teufelskreis eröffnet sich, wenn an die individualschützende Funktion der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit angeknüpft wird. Das Prinzip der Erforderlichkeit entfaltet seine Wirkung allein im individuellen Rechtsbereich¹²⁷⁾ und gebietet hier eine weitestgehende Schonung der subjektiven Rechte.¹²⁸⁾ Auch die Verhältnismäßigkeit wirkt in der Individualsphäre, gebietet doch dieser Grundsatz in der Ausprägung, daß der Eingriffsschaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Eingriff abgewendeten Schaden stehen darf, eine Abwägung zwischen individuellen und öffentlichen Interessen. Dies erfordert beim Einschreiten und der Mittelwahl gegen einen Störer immer die Überlegung, welche Nachteile der Adressat der Verwaltungshandlung zu gegenwärtigen hat und ob nicht ein geringerer Schaden und ein größeres Maß an individueller Freiheit den Verzicht auf die volle Verwirklichung der öffentlichen Interessen nahelegt.¹²⁹⁾ Wird von der Überwachungsbehörde ein Einschreiten verlangt, so muß deshalb immer in Betracht gezogen werden, welcher Schaden bei dem Hilfesuchenden auf dem Spiel steht.

126) Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1604).

127) Lerche, Übermaß, S.23.

128) Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.27; und zwar nicht nur des einzelnen Individuums, sondern auch der Vielzahl der Individuen, denn das ist gemeint, wenn die Erforderlichkeit die Anwendung auch des die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigenden Mittels gebietet; zumindest mißverständlich insoweit H.J.Wolff, VwR III, § 138 V b (S.175).

129) Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1604),

So gesehen sind die Prinzipien des Übermaßverbotes Regulatorinstrumente nicht nur des staatlichen Handelns, sondern insbesondere des Bürgers, sofern sie als Mittel der Ausgestaltung seiner Individualsphäre durch Einflußnahme auf das Maß des staatlichen Handelns und Konkretisierung und Sichtbarmachung seiner individuellen Rechtspositionen verstanden und verwendet werden können. Dies ist insbesondere eine Frage, wie weit aus ihnen eine Pflicht auf Beteiligung des Betroffenen abgeleitet werden kann.

C) Entwicklung eines eigenen Lösungsweges

I) Externe und interne Determination

1) Gesetz und allgemeine Rechtsgrundsätze als externe Entscheidungsprämissen

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, daß die konkrete Entscheidung der Verwaltung nur unzureichend durch Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze bestimmt werden kann. Der Grund dafür liegt zunächst in einer nicht reduzierbaren begrifflichen Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe, zum anderen aber insbesondere im Fehlen eines allgemein anerkannten, auf eine generelle Wertbasis bezogenen Bewertungsmaßstabs zur Abwägung verschiedener Rechtsgüter und Rechtsgutbeeinträchtigungen. Insofern sind Gesetz und Rechtsgrundsätze nur Entscheidungsprämissen¹³⁰⁾ unter vielen, die in bezug auf die Rechtsbegriffe engere und bezüglich der Ermessensentscheidungen weitere Entscheidungsspielräume lassen.

2) Verwaltungsrichtlinien und die Grundsätze der guten, zweckmäßigen und effizienten Verwaltung als interne Determination

Es wurde schon einmal darauf hingewiesen,¹³¹⁾ daß Verwaltungsrichtlinien nur ganz gering die Entscheidungsgewißheit verbessern können, da in der Regel eine abstrakte

¹³⁰⁾ Haft und Müller-Krumhaar, NJW 1973, 85 ff (87) sehen deshalb im Gesetz nur eine Handlungsanweisung, nach Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1972), S.173 ff (179) findet hier die Entscheidungskraft des Gesetzgebers ihre Grenze.

¹³¹⁾ Seite 93.

Regelung eine andere nur beschränkt aufschlüsseln kann, mögen die Regelungen auch von unterschiedlichem Abstraktionsgrad sein. Hinzu kommt, daß Verwaltungsrichtlinien nur Vergangenes oder Vorstellbares, nicht aber unvorstellbare und nicht vorhergesehene Fallkonstellationen¹³²⁾ im Bereich der Gefahrenabwehr regeln können.

Ferner kann mit einem wie auch immer formulierten "Grundsatz der guten Verwaltung" keine über die mit den Regulationsmechanismen des Übermaßverbotes hinausgehende Determination des Verwaltungshandelns erreicht werden. Selbst wenn man einmal davon absieht, daß es sehr zweifelhaft ist, diesem Grundsatz Rechtscharakter zuzuerkennen mit der Folge der Ableitung von Rechtspflichten für die Verwaltung,¹³³⁾ ist die Aussage zu unbestimmt, um eindeutige Maßstäbe der Abmessung zu liefern; schließlich wären wir auch nach Überwindung dieses Hindernisses erst beim nunmehr schon bekannten Bewertungsproblem.

Ähnliches gilt für den Grundsatz der absoluten Zweckmäßigkeit,¹³⁴⁾ in dem auch ein der Verwaltung eigener Maßstab gesehen wird.¹³⁵⁾ Danach ist die Verwaltung verpflichtet, das zweckmäßigste Mittel zu suchen und anzuwenden.¹³⁶⁾ Die Forderung nach einem der absoluten Zweckmäßigkeit verpflichteten Verwaltungshandeln, von den Vertretern der herrschenden Ermessenslehre wegen der darin liegenden

132) Morstein Marx, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, Schriftenreihe Speyer, Bd.26, 1965, S.177.

133) vgl. Dagtoglou, Der Private, S.87 f.

134) Die Unterscheidung von relativer und absoluter Zweckmäßigkeit geht zurück auf Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S.77 ff, danach drückt die relative Zweckmäßigkeit das gleiche wie das Übermaßverbot aus, während die absolute Zweckmäßigkeit die optimale Zweckerreichung meint.

135) Vgl. Krüger, Staatslehre, S.735.

136) Vertreten vor allem von Rupp, Grundfragen, S.177 ff; ders., NJW 1969, 1273 ff; Kopp, DÖV 1966, 317 ff (320); Czermak, DÖV 1966, 750 ff (752); Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.41 ff.

"Verabschiedung" des Ermessens ohnehin abgelehnt,¹³⁷⁾ endet bei der Frage, wie sich die höchste Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns feststellen läßt und damit ebenfalls beim Bewertungsproblem.

Das gleiche Problem entsteht, wenn man sich vom Prinzip einer effizienten und effektiven Verwaltung eine erweiterte Determination des Verwaltungshandelns erhofft.

Der Begriff der Effizienz, namentlich von Leisner¹³⁸⁾ in jüngster Zeit einer rechtlichen Betrachtung zugeführt, wird, wie P.Häberle¹³⁹⁾ zu Recht bemerkt, zunehmend zum politischen Kampfbegriff. Dies hat aber kaum dazu beigetragen die Konturen und Inhalte dieses Begriffs deutlicher werden zu lassen.

Mit Leisner¹⁴⁰⁾ kann man sagen, daß für die hier in Frage stehende Überwachungsverwaltung die Zweckerreichungseffizienz typisch ist. Eine solche Verwaltung soll nun ein umso größeres Maß an Effizienz erzielen können, je mehr finanzielle Mittel und Kompetenzen ihr zur Verfügung stehen und je weniger sie vom Willen der Betroffenen abhängig ist.¹⁴¹⁾ Es ist dies das Modell Max Webers von der bürokratischen Verwaltung,¹⁴²⁾ von dem bereits die Rede gewesen ist.¹⁴³⁾ Eine in dieser Weise ausgerichtete Verwaltung vermochte aus ihrer Orientierung an der Zweckerreichung ein hohes Maß an Determination zu gewinnen.

137) H.J.Wolff, VwR I, § 31 II e (S.191); Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.315 f; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S.9; Stern, Ermessen, S.19; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Rdnr.7.

138) Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip. Recht und Staat, Heft 402/403, Tübingen, 1971; vgl. auch Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (60 f).

139) P.Häberle, Effizienz und Verfassung, AöR, Bd.98 (1973), S.625 ff zu Leisner, (Anm.138).

140) Leisner, Effizienz, S.37.

141) Luhmann, Legitimation, S.209.

142) Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1947, S.650 ff.

143) Oben Seite 24 (Anm.29).

An dieser Betrachtungsweise kann aber im Hinblick auf die gestalterische Tätigkeit auch der Überwachungsverwaltung nicht festgehalten werden. Effizienz ist mehr als eine eindimensionale Eigenschaftsbezeichnung im Sinne einer "Sollens"-Beschreibung einer Staats- und Verwaltungsfunktion. Effizienz ist nicht nur ambivalent (P.Häberle), sondern mehrdimensional, und eine greifbare Aussage läßt sich nur ermitteln, wenn sie Bezugsgrößen und Bezugsrelationen gegenübergestellt wird.¹⁴⁴⁾ Auf Verfassungsebene bedeutet dies, daß erst die "Zusammenordnung verschiedener, oft kollidierender Verfassungsprinzipien zur Effizienz des Ganzen (der Verfassung) als realer freiheitlicher Gesamtordnung" führt.¹⁴⁵⁾ Dies gilt in entsprechender Weise für die Überwachungsverwaltung, denn keine der Staatsgewalten und auch nicht die Verwaltung hat nur eine Funktion, welche bei der Feststellung ihrer Effizienz zu berücksichtigen wäre. Insofern führt die von Leisner der Überwachungsverwaltung zugeschriebene Zweckerreichungseffizienz auch nicht weiter, weil offen bleibt, hinsichtlich welcher Ziele eine Kostenminimierung vorzunehmen ist. Die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Überwachungsverwaltung ergibt sich nun nicht allein aus der Zweckerreichung des Gesetzes, sondern hat auch ihre Fähigkeit zur Konfliktregelung, zur Informationsverarbeitung und ihre Problemlösungskapazität und ihr Wertberücksichtigungspotential einzubeziehen.¹⁴⁶⁾ In Bezug auf welche Verwaltungsfunktion die Effizienz der Überwachungsverwaltung zu bemessen ist, ist keine Frage, die sich aus dem Wesen der Verwaltungstätigkeit gleichsam von selbst beantwortet, sondern sie kann nur von den Erfordernissen und Gegebenheiten des Einzelfalles her beurteilt werden unter Berücksichtigung der mehr politischen Frage, welcher der vor-

144) So P.Häberle, AÖR Bd.98 (1973), S.625 ff (631).

145) P.Häberle, aaO, S.631.

146) Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (530). Die Effizienz der Überwachungsverwaltung kann nur im Hinblick auf ihre weitgefächerten Aufgaben (vgl. oben Seite 24 ff) festgestellt werden.

genannten Funktionen eine Priorität eingeräumt werden müsse. Insofern kann eine Effizienzprognose einer Verwaltungsaufgabe nicht determinierend für das einzelne Verwaltungshandeln wirken, da die Bewertungsgrößen von Fall zu Fall verschieden sein können und auswechselbar sind.

Die Überwachungsverwaltung ist damit nur unzureichend determiniert und leidet insbesondere unter einem erheblichen Defizit an Bewertungspotential.

II) Lösung durch Vermutung der Rechtmäßigkeit?

Bei der Begrenztheit einer weiteren Aufschlüsselung durch rechtliche Entscheidungsdeterminanten ist nicht verwunderlich, wenn zuweilen vor der Unkalkulierbarkeit der Entscheidung kapituliert und statt einer Suche nach weiteren Rationalitätskriterien das "Joch des Irrationalen" bedauert wird.¹⁴⁷⁾ Ausdruck solcher Resignation ist m.E. auch die Einbringung einer Rechtmäßigkeitsvermutung in die Verwaltung.¹⁴⁸⁾ Nun wird ihre Existenzberechtigung für die Verwaltung keinesfalls völlig bestritten, jedoch muß zunächst die Verwaltung, im Bestreben richtige und gerechte Entscheidungen zu finden, alle Möglichkeiten ausschöpfen, den Vorgang des Entscheidens zu objektivieren und damit rationalen Bewertungen zu eröffnen. Eine solche Chance ist der Verwaltung durch ein Entscheidungsfindungsverfahren geboten. Erst an eine mit Hilfe eines streng formalisierten Verfahrens unter Beteiligung des Betroffenen herausgefilterte Lösung kann eine Rechtmäßigkeitsvermutung geknüpft werden, denn nur bei einer solchen Entscheidung ist eine Vermutung der Rechtmäßigkeit auch gerechtfertigt.

147) v.Krockow, Die Entscheidung, 1958, S.61.

148) vgl. Meder, Das Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung, 1970, S.33 ff, zur Verwaltung besonders S.42 ff; vgl. auch Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.95 ff.

III) Entscheidungsauswahl durch partizipatives Verwaltungsverfahren

Wenn auch die Rechtstheorie nicht in der Lage ist, eindeutige Kriterien für die Auslegung der Rechtsbegriffe zur Verfügung zu stellen und damit bereits auf der Tatbestandsseite mehrere Entscheidungen vertretbar sind, und die Entscheidungsunsicherheit angesichts des Rechtsfolgeermessens noch wächst, so muß dennoch nach objektivierbaren Maßstäben gesucht werden, die es rechtfertigen, daß die Auswahl gerade so und nicht anders getroffen wurde.¹⁴⁹⁾ Aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs.4 GG läßt sich allerdings in dieser Richtung nichts herleiten, denn ein Rechtsschutz kann von vornherein nur so weit garantiert werden, als rechtstheoretisch möglich ist.¹⁵⁰⁾ Allein ein Ansatz bei Art. 20 Abs.3 GG führt hier weiter. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht verpflichtet die Verwaltung zugleich in Formen zu handeln, die ihr eine solche Bindung überhaupt möglich machen und offenbar werden lassen.¹⁵¹⁾ Dies gilt nun nicht nur für das "Endprodukt" einer verwaltungsinternen Willensbildung, sondern bei belastenden Maßnahmen der Überwachungsverwaltung bereits für den Vorgang der Willensbildung oder Entscheidungsfindung. Damit ist das Verwaltungsverfahren als Möglichkeit der Herausfilterung einer bestimmten Entscheidung angesprochen. Die isolierte Durchführung eines Verfahrens durch die Verwaltung reicht aber nicht aus. Die Verwaltung verwirklicht den Gesetzeszweck und konkretisiert das Gesetz im Hinblick

149) Aufschlußreich ist hier, daß Blumenwitz, Typische Konflikte zwischen Verwaltungsträgern und ihre Regelung im deutschen Verwaltungsrecht, AöR 96 (1971), S.161 ff (201) die sich aus den unbestimmten Rechtsbegriffen des Polizei- und Sicherheitsrechts ergebenden Unsicherheiten im Verhältnis zwischen mehreren Verwaltungsträgern durch Entscheidungszentren beseitigen will.

150) Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.138.

151) In diesem Sinne das BVerfG v.25.7.1963, BVerfGE 17, 108 ff (117 f), wenn es darauf verweist, daß im Strafverfahren eine bestimmte Verfahrensgestaltung über die reine Zweckmäßigkeit hinaus durch das Verfassungsverbot der Verhältnismäßigkeit vorgeschrieben sein kann.

auf den Betroffenen. Das Handeln der Verwaltung ist für den Betroffenen die Bestimmung seiner individuellen Belastbarkeit, an der er selbst größtes Interesse hat und zu der er möglicherweise auch beitragen kann. Insofern ist prinzipiell die Beteiligung der Betroffenen am Verfahren geboten und zwar auch deshalb, damit angesichts der Entscheidungsunsicherheit wenigstens eine bürgergerichte und dem Bürger plausible Entscheidung herbeigeführt wird.¹⁵²⁾ Ein solches partizipatives Verfahren wird damit zum Kriterium der Wahl der einen richtigen und rechtmäßigen aus einem Bündel vertretbarer Entscheidungen. Dieses Konzept soll noch weiter verdeutlicht werden.

1) Das objektivierte Entscheidungsverfahren und Entscheidungsqualität

Der "Verlust der Wahrheit" als Kriterium zur Auffindung von gerechten und rationalen Entscheidungen muß im Entscheidungsfindungsverfahren durch formale, verfahrensrechtliche Garantien ausgeglichen werden.¹⁵³⁾ Sie bilden gleichsam das Surrogat für die nicht erreichbare einzig richtige Entscheidung.¹⁵⁴⁾ Damit bekommen Organisation und Verfahren hervorragende Bedeutung für die Qualität

152) Dies ist aber nicht, wie Walter, VVDStRL 31 (1973), S.147 ff (158 f, 173) meint, ein Problem der Demokratie-, sondern der Rechtsstaatsverwirklichung.

153) Adomeit, NJW 1972, 628 ff (634).

154) Gerade auch im Bereich der Rechtsprechung wird die Bedeutung des Verfahrens für die Ausschaltung von Unwägbarkeiten, Subjektivitäten und Zufälligkeiten stets hervorgehoben, vgl. Simitis, Informationskrise, S.92 ff auch hier hat m.E. das Verfahren weder die Wahrheitsfindung zum Ziel, noch ist das Verfahren dazu geeignet, vgl. Luhmann, Verfahren, S.20, 55 ff, insb. S.105 f. Die Bedeutung formaler Gesichtspunkte für die Idee der Gerechtigkeit zeigt sich auch darin, daß die materielle Gerechtigkeit des Gesetzes in seiner Allgemeinheit liegt, vgl. Vogel, VVDStRL 24 (1966), S.125 ff (139 ff) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S.22 f, 35; und der Sitz der materiellen Gerechtigkeit in Art. 3 GG gesehen wird, vgl. Hesse, Grundzüge, S.176 ff; ferner Kaegi, Entwicklung, S.175; Friauf, DVBl.1971, 674 ff (678); Wildhaber, Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, S.371 ff (386); BVerfG v.8.10.1963, BVerfGE 17, 122 ff (130); v.16.10.1968, BVerfGE 24, 220 ff (228).

der Entscheidung.¹⁵⁵⁾ Für die Ausarbeitung eines Entscheidungsfindungsmodells werden deshalb entscheidungstheoretische Erkenntnisse zugrunde gelegt. Die verfahrensrechtliche Durchformung des Entscheidungsvorganges ist das Mittel, die sich aus der Kompliziertheit der Verwaltungsaufgaben, der Fülle der zu beachtenden Gesichtspunkte¹⁵⁶⁾ und Tatsachen und der Schwierigkeit der reibungslosen und vollständigen Erschließung verwaltungseigenen und verwaltungsfremden Sachverständes ergebende Entscheidungsunsicherheit einzufangen¹⁵⁷⁾ und das den Rechtsanwender legitimiert, eine bestimmte Entscheidung zum Verhaltenskalkül zu erhe-

-
- 155) Simon, Verwaltungshandeln, S.142 ff; Luhmann, Legitimation, S.203; ders., Reform und Information, Die Verwaltung 1970, 15 ff (27); ders., Reform des öffentlichen Dienstes, in: Politische Planung, S.203 ff (207); Mayntz, Soziologie der Organisation, 1969, S.139 ff; Mayer, Verwaltungsrecht, S.68; ders., Geschäftsgang, in: Verwaltung, S.298 ff (298, 306); Ryffel, Unparteilichkeit, daselbst, S.264 ff (268 f); Böhret, Entscheidungshilfen, S.18; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (289); auch das BVerwG stellt in seiner Entscheidung v.16.12.1971, BVerwGE 39, 197 ff (203 ff) zum Beurteilungsspielraum der Bundesprüf stelle für jugendgefährdende Schriften auf das Verfahren ab, in dem die Entscheidung zustandegekommen ist, vgl. dazu noch in den Urteilsanmerkungen: Bachof, JZ 1972, 208 ff (209); Erichsen, VerwArch Bd.63, (1972), S.337 ff (344); Kellner, DÖV 1972, 801 ff (805); Ossenbühl, DÖV 1972, 401 ff (404) sowie Bachof VVDStRL 30 (1972), S.193 ff (234); Redeker, DÖV 1971, 757 ff (759); ferner Kübler, Besserer Informationsfluß - ein Ansatzpunkt zur Leistungssteigerung der öffentlichen Verwaltung, Ba-WüVBl.1972, 65 ff (66).
- 156) Nach Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (229, 234) handelt die Verwaltung nur dann sachgerecht, wenn sie bei der Auswahl von Alternativen eine ausgewogene Wertung vornimmt, vernünftige Maßstäbe anlegt und allen Fakten und Gesichtspunkten das richtige Gewicht gibt. Eine schier unlösbare Aufgabe!!
- 157) Badura, DÖV 1968, 446 ff (454); Blumenwitz, AÖR 96, (1971), S.161 ff (190 f); Dies wird bei dem zur Aufstellung eines Plans führenden Planungsverfahren besonders deutlich, vgl. Imboden, VVDStRL 18 (1960), S.113 ff (123 ff); Melichar, VVDStRL 17 (1959), S.183 ff (188 f).

ben.¹⁵⁸⁾ Zudem ermöglicht das Verfahren die stufenweise rationale Entwicklung der Entscheidung und damit die Erarbeitung der Entscheidung und die Selektion der Alternativen aufgrund diskutierbarer Argumentationsketten.¹⁵⁹⁾ Die schrittweise Heranführung an die Lösung im Verfahren vermag ein hohes Maß an Objektivität zu vermitteln und läßt Eindrücke von mißtrauenweckender Geheimniskrämerei erst gar nicht aufkommen. Zwar kann auch die Entscheidungsformalisierung nicht die individuellen und subjektiven Momente des Rechtsanwenders aus der Rechtsanwendung eliminieren,¹⁶⁰⁾ jedoch werden solche Erscheinungen¹⁶¹⁾ in einem streng formalisierten Verfahren eher deutlich und damit leichter kontrollierbar. Das Verfahren wird hier tatsächlich zu einer Legitimation für die Verwaltung und ist eine bedeutsame Voraussetzung für die Sach- und

158) Luhmann, Legitimation, S.23 ff; interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß das Gesetz seine Legitimation (vgl. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S.139; Luhmann, Aufklärung, S.167 f) und seinen erhöhten Rechtswert (BVerfG v.5.3.1958, BVerfGE 7, 282 ff (302)) vor allem aus der Einhaltung des formalisierten Gesetzgebungsverfahrens erhält.

159) v.Olshausen, JuS 1973, 217 ff (219).

160) Engisch, Einführung, S.131; vgl. auch Esser, Vorverständnis, S.128 ff.

161) Vgl. Esser, Vorverständnis, S.124 ff, insb. S.125, der auf die Subjektivitäten in der richterlichen Rechtsfindung hinweist; ebenso Lautmann, Justiz, S.153: Einflüsse von Vorverständnissen, Rollenerwartungen und dergl. auf die Rechtsfindung sind Gegenstand der Justizforschung, die mit dem 48.DJT in Düsseldorf 1972 stärker in den Mittelpunkt gerückt sind, vgl. die Berichte von Gerhardt, ZRP 1972, 241 ff und Schrödter DVBl.1973, 126 ff (130).

Rechtsrichtigkeit des Verwaltungshandelns.¹⁶²⁾ Es entwickelt darüberhinaus dort eine besondere rechtsschutzvermittelnde Wirkung, wo es mit Benachrichtigung und Beteiligung der Betroffenen verbunden ist.¹⁶³⁾

2) Verfahren und Partizipation

Die Betroffenenbeteiligung erschöpft sich aber nicht in diesen rechtsschützenden Auswirkungen. Es ist fraglich, ob nicht überhaupt die Bedeutung der Betroffenenbeteiligung für die Qualität der Entscheidung über die unmittelbaren Auswirkungen für den Rechtsschutz des Betroffenen hinausgeht. Die Vorbereitung und Ausformung einer Entscheidung ist heute zwangsläufig ein Gruppenvorgang,¹⁶⁴⁾ weil Zeit und Kapazität des Einzelmenschen nicht ausreichen, den Entscheidungsbedarf, besonders bei größerer Komplexität der Entscheidung, zu decken. Deshalb muß er sein Entscheidungspotential durch Kooperation steigern.¹⁶⁵⁾ Dies bedeutet natürlich für die Verwaltung in erster Linie verwaltungsinterne Zusammenarbeit und Arbeitsteilung.¹⁶⁶⁾ Im Hinblick auf die Wertvorstellungen, die den Entscheidungen zugrunde gelegt werden, sind die Betroffenen jedoch der Verwaltung überlegen. Gerade die Bewertungen spielen aber für die Auswahl der Alternativen eine bedeutende Rolle und sind unerläßlich für die Anwendung der Grundsätze des Übermaßverbotes, wie oben aufgezeigt wurde. Sie ermöglichen dem Betroffenen die Einflußnahme auf das Handeln

162) Badura, DÖV 1968, 446 ff (454); Becker, Verwaltungsverfahren, S.76 f; Fellner, Grundfragen, S.345; Musterentwurf, Begründung, S.75 f; Kopp, VerwArch Bd.61 (1970), S.219 ff (221); ders., Verfassungsrecht, S.57; Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245 ff (252); ders., Verwaltungsreform, S.55 ff; vgl. auch schon BVerfG v.1.7.1953, BVerfGE 2, 380 ff (393, 403).

163) Scheuner, DÖV 1968, 585 ff (586); P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (S.121 ff, S.126 ff); Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (279 ff); auch Musterentwurf, Begründung, S.64.

164) Morstein Marx, Einführung, S.218 f.

165) Luhmann, Legitimation, S.203.

166) Luhmann, Theorie, S.50 ff m.z.N..

der Überwachungsbehörden, indem durch die Berücksichtigung des individuellen Wertes des betroffenen Rechtsgutes die Verwaltung eine individuelle Maßbestimmung des hoheitlichen Handelns vornimmt und sich nicht auf die abstrakte Gesetzesanwendung beschränkt.

Eine instrumentalisierte Betroffenenbeteiligung kann insofern verhindern, daß der formale Ablauf des Verfahrens zum Fetisch sachgerechten und rechtmäßigen Verwaltungshandelns schlechthin erhoben wird. Die Richtigkeit einer Entscheidung folgt niemals allein aus der Einhaltung des Verfahrens,¹⁶⁷⁾ denn Ziel des Verfahrens ist ja m.E. nicht einmal die Findung der einzig richtigen Entscheidung.¹⁶⁸⁾ Das Verfahren vermag nur eine Vermutung für die Richtigkeit der Entscheidung zu begründen.¹⁶⁹⁾ und dabei ist die Beteiligung des Betroffenen ein unerläßliches Korrektiv für die Wertungen des Entscheidungsträgers. Daß der beteiligte Betroffene eher bereit ist, die getroffene Entscheidung zu akzeptieren,¹⁷⁰⁾ ist auf die Vermutung eines Interessenausgleichs¹⁷¹⁾ im kooperativen Verfahren und den damit verbundenen Grad der Verständlichmachung der Entscheidung zurückzuführen. Die Chance der Einflußnahme durch die Mitwirkung reduziert die Neigung des Betroffenen, die rollenmäßige Abwehrreaktion gegenüber dem hoheitlichen Ausspruch einzunehmen.¹⁷²⁾ Die Teilnahme des Betroffenen am Verfahren spielt demnach bei der Auswahl der Entscheidungsalternativen eine bedeutsame Rolle. Die Auswahl ist bei den belastenden Eingriffsakten immer eine Frage der Feststellung der Reichweite der subjektiven

167) So aber Ihle, Vertrag, S.94.

168) Luhmann, Legitimation, S.20 f, 22, 23.

169) Morstein Marx, Einführung, S.220; vgl. auch Luhmann, Legitimation, S.7.

170) Ule, Verwaltungsreform, S.64; Dagtoglou, Der Private, S.125, 127; Schlempp, HessGewO, Kommentar, 1969, Anm.I zu § 21 (S.146).

171) Luhmann, Legitimation, S.28, 30.

172) Da der Betroffene sieht, daß das Verfahren nicht schematisch auf ihn angewendet wird, braucht er auch nicht ebenso schematisch mit Ablehnung zu reagieren.

Rechte, also ein rechtsstaatliches Problem. Inwieweit der Betroffene bei dieser Gesetzes-Konkretisierung mitwirken kann, ist deshalb vom verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip her zu klären und eine Frage, in welchem Umfang eine Betroffenenbeteiligung an der Entscheidungsfindung vom Rechtsstaat geboten, erwünscht, erlaubt oder verboten ist.

2. Abschnitt: Rechtsstaatliche Partizipationsaussagen - Forderungen und Begrenzungen

A) Verfassungsrechtliche Aktualisierung, Interpretation oder verfassungspolitische Zielprojektion

Rechtsstaatliche Partizipationsaussagen für die Überwachungsverwaltung sind in der Verfassung nicht ausdrücklich enthalten. Geht es nun hier nur darum, immanente Teilhabepostulate sichtbar zu machen, dann handelt es sich um Verfassungsaktualisierung;¹⁷³⁾ ist die Verfassung hingegen in dieser Beziehung offen, dann wäre die Aussage der Verfassungsnormen durch eine konkretisierende Verfassungsinterpretation¹⁷⁴⁾ zu vervollständigen, die Grenzen

173) Hesse, Grundzüge, S.20 f.

174) Vgl. zur Verfassungsinterpretation die zahlreichen Nachweise bei Engisch, Einführung, S.214 sowie aus jüngerer Zeit allgemein Esser, Vorverständnis, S.201 f.; Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S.489 ff (494 ff, 501 ff) insbesondere zu Funktion und Leistungsgrenzen der Verfassung; zum Verhältnis von Grundrechtsdogmatik, -interpretation und -politik, Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (69 ff); Hesse, Grundzüge, S.20ff; H. Huber, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Gedenkschrift Imboden, S.191 ff (192, 198 f); Knöpfle, Moderne Verfassungsinterpretation, DVBl.1972, 852 ff; P. Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: ders., Recht und Macht, Gedanken zum modernen Verfassungsstaat, 1970, S.61 ff, insb. S.67 ff, mit seiner Forderung, die Methodenwahl an den Postulaten der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu orientieren (S.94).

zur Verfassungspolitik sind dabei allerdings fließend.¹⁷⁵⁾ Hier ist entscheidend, daß die Formen bürgerschaftlicher Partizipation in der Überwachungsverwaltung wie z.B. Anhörung, Beratung, Erörterung und Abwendungsbefugnis als Erscheinungen der Rechtsordnung bekannt sind und auch weitgehende Einigkeit besteht, daß sie in einer irgendwie gearteten Beziehung zum Rechtsstaatsprinzip stehen, wenn dabei auch z.T. nur verschwommene Vorstellungen herrschen.¹⁷⁶⁾ Dieses Verhältnis der vorgenannten Partizipationsmodalitäten zum Rechtsstaatsprinzip soll hier durch die Offenlegung der zwischen den Partizipationsformen und den einzelnen Elementen des Rechtsstaatsprinzips vorhandenen Beziehungen¹⁷⁷⁾ präzisiert werden. Es geht also nicht um die Ableitung neuer Beteiligungsmodalitäten aus der Verfassung, sondern um die Aufbereitung des Begründungszusammenhangs von Rechtsstaatsprinzip und Beteiligungsmodalitäten, also um Verfassungsaktualisierung.

B) Grundrechtliche Partizipationen

I) Das Grundrechtsverständnis

Ob und in welchem Maße Partizipationsformen den Grundrechten als materielle Komponente des Rechtsstaatsprinzips¹⁷⁸⁾

175) So Mayer-Tasch, VVDStRL 30 (1972), S.173; inkonsequent dagegen Geiger, Das Demokratieverständnis des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, S.229 ff (230), wenn er einerseits die Verfassung nicht als umfassenden Kodex bezeichnet, andererseits aber meint, daß Verfassungspolitik erst dann ansetzen könne, wenn das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung feststeht.

176) Typisch dafür ist der "Bericht der Sachverständigenkommission zur Verwaltungsvereinfachung", 1960, insb. S.57.

177) In diesem Sinne muß auch Ule, Verwaltungsreform, S.63 f verstanden werden, wenn es ihm um den Nachweis geht, daß bestimmte Grundsätze des Verwaltungsverfahrens aus dem Rechtsstaatsgedanken abzuleiten sind. Ähnlich auch die Begründung zum Entwurf VwVfG 1973, S.28.

178) Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.71 zu Art.20 GG.

zugeordnet werden können, ist eine Frage, die zunächst die Darlegung des hier vertretenen Grundrechtsverständnisses verlangt, denn mit einer bestimmten Auslegung¹⁷⁹⁾ der Grundrechte bekommt auch der Rechtsstaatsbegriff einen neuen Inhalt.¹⁸⁰⁾ Gegenüber der ursprünglich herrschenden Konzeption von den Grundrechten als gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte, sind vor allem zwei Strömungen zu beachten, zu denen hier Stellung zu nehmen ist. Es handelt sich dabei einmal um eine Modifizierung der grundrechtlichen Gewährleistungen durch eine demokratische Interpretation der Grundrechte und zum anderen um den Versuch, individuelle Teilhabeansprüche auf staatliche Leistungen grundrechtlich zu begründen.

1) Die Grundrechte als "demokratische Grundrechte"

Unter demokratischen Grundrechten sind hier nicht die einzelnen, in den Art. 5, 8 und 9 GG enthaltenen Grundrechtsverbürgungen gemeint, die allgemein als demokratische Grundrechte bezeichnet werden wegen ihrer Zielgerichtetheit auf den Willensbildungsprozeß des Volkes,¹⁸¹⁾ sondern die Ergebnisse einer Interpretationsweise, die alle Grundrechte¹⁸²⁾ aus der Sicht einer Zu- und Zusammenordnungsfunktion beleuchtet und damit einer demokratischen Wertinterpretation unterzieht.¹⁸³⁾ Zwar ist dieser Bewer-

179) Das Problem der Auslegung und Umdeutung der Grundrechte ist das beherrschende grundrechtsdogmatische Thema der deutschen Staatsrechtslehre, so H.H.Rupp, JZ 1971, 401 ff (402); der "Streitstand" dieser Diskussion wird herausgestellt von Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95 (1970), S.353 ff (401 ff); ders., Staatszielbestimmungen, in: Festschrift-Försthoff 1972, S.325 ff (327 f, 330 ff).

180) H.H.Klein, Grundrechte, S.37.

181) Vgl. Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.2, 4, 5 zu Art. 5 und Rdnr.2 zu Art.8; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.9, 13 zu Art.9.

182) Zu dieser Tendenz P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (68).

183) H.H.Klein, Grundrechte, S.37.

tung der grundrechtlichen Gewährleistung, die ihren bislang eindeutigsten Niederschlag bei Ridder¹⁸⁴⁾ und im Lüth-Urteil des BVerfGs¹⁸⁵⁾ gefunden hat, schon an anderer Stelle energisch widersprochen worden,¹⁸⁶⁾ doch ist auch hier wegen der damit verbundenen Relativierung der Grundrechte die Warnung noch einmal zu wiederholen. Soll nach der Rechtsprechung des BVerfGs sich auf das Recht der Meinungsfreiheit vor allem und vorrangig der berufen dürfen, der im Bereich der öffentlichen Meinungsbildung wirkt, so wird damit gemeinschaftsbezogenen Handlungen das Primat vor rein individuellen, privaten Anliegen eingeräumt.¹⁸⁷⁾ Eine solche Hierarchie der Betätigungen hat in der Verfassung keine Grundlage.¹⁸⁸⁾ Das Ergebnis ist zunächst Einengung und letztlich Aufhebung der grundrechtlich geschützten Freiheiten in der Privatsphäre. Das bedeutet Sozialisierung aller Grundrechte und Inpflichtnahme des Menschen zugunsten des Öffentlichen.¹⁸⁹⁾ Wegen die-

-
- 184) Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte, Bd.II, 1954, S.249 ff (257), der die Presse wegen ihrer öffentlichen Aufgaben den Strukturprinzipien des Art. 21 I GG unterstellt.
- 185) BVerfG v.15.1.1958, BVerfGE 7, 198 ff (207 ff); vgl. ferner die Beispiele bei H.H.Klein, Grundrechte, S.13 ff.
- 186) Vgl. insbesondere Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 97 (1972), S.60 ff, 276 ff (85 ff) m.z.N.; und H.H.Klein, Grundrechte, S.21 f, 46 f.
- 187) Zu Recht weist Forsthoff, Staat, S.157 darauf hin, daß damit Privilegien geschaffen werden, die im Verfassungstext nicht vorgesehen sind. Kritisch ferner Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S.60 ff (62, 83, 290 ff); H.H.Klein, Öffentliche und private Freiheit, Der Staat 1971, S.145 ff (insb. S.159 ff); Steiger, Institutionalisierung der Grundrechte? in: Zur Theorie der Institution, hrsg, v. H.Schelsky, 1970, S.71 ff (95 f).
- 188) Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staats-tätigkeit, DÖV 1971, 505 ff (509).
- 189) Gefährlich ist deshalb die Forderung von P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (68), die Gesellschaft grundrechtlich zu strukturieren; die Gefahr des Umschlages der Teilhabe zur Pflicht wird zwar gesehen (S.83), aber es wird ihr in Unterschätzung der Gefährdung zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

ser in letzter Konsequenz unvermeidlichen Aufhebung der individuellen Freiheit ist diese gemeinschaftsbezogene Interpretation der Grundrechte abzulehnen.

2) Die Grundrechte als Teilhaberechte

a) Die Neuinterpretation der Grundrechte

Die Diskussion über die Problematik sozialer Grundrechte, die die Begründung konkreter Leistungsansprüche gegenüber dem Staat zum Gegenstand haben, hat mit den Ausführungen von P.Häberle¹⁹⁰⁾ auf der Regensburger Staatsrechtslehrertagung 1971 nur einen vorläufigen Höhepunkt erreicht, vorläufig vor allem deshalb, weil ein Abschluß der Diskussion noch nicht abzusehen ist¹⁹¹⁾ und die Meinungen nach wie vor ganz unterschiedliche Standpunkte widerspiegeln.

Die Entwicklung sozialer Grundrechte findet im Grundgesetz nur einen unzureichenden und nicht weiterführenden Ansatz. Zwar fehlt es im Gegensatz zu Brunner¹⁹²⁾ in der Verfassung nicht völlig an sozialen Grundrechten, so enthält z.B. Art.6 Abs.4 GG eine ausdrückliche Anspruchsnorm.¹⁹³⁾ Diese "Spuren"-elemente sozialer Grundrechte im Grundgesetz eröffnen jedoch keinen Weg zu einer umfassenden Neuinterpretation der Grundrechte. Daran ändern auch nichts die im größeren Umfang in den Länderverfassungen enthaltenen sozialen Grundrechte,¹⁹⁴⁾ da es sich dabei ebenfalls

190) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (insb. S.80 ff).

191) Vgl. aus der jüngsten Zeit Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 1973; ferner allgemein zum Fragenkreis der sozialen Grundrechte mit im einzelnen sehr unterschiedlichen Akzenten: Bernhardt, Wandlungen der Grundrechte, 1971; Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971; Herzog, Staatslehre, S.384 ff; Ramm, Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972, 137 ff (142 ff); Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, 1969; Scheuner, DOV 1971, 505 ff (513); Stein, Staatsrecht, 193 ff; Wildhaber, Soziale Grundrechte, in: Gedenkschrift Imboden, S.371 ff; Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1971, S.162 f.

192) Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S.3.

193) Art.6 Abs.4 GG: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

ausschließlich um spezialgesetzliche Regelungen handelt.

In der Staatsrechtslehre wurde dementsprechend auch ein anderer Weg zur Ableitung sozialer Grundrechte aus dem Grundrechtsteil eingeschlagen: Im Wege einer am Sozialstaatsprinzip ausgerichteten Interpretation soll eine mehr oder minder behutsame Ergänzung der Grundrechtsverbürgungen um Teilhaberechte erreicht werden.¹⁹⁵⁾ Ziel dieser Tendenz ist eine Sensibilisierung der Grundrechte gegenüber der sozialen Wirklichkeit.¹⁹⁶⁾ Durch grundrechtliche Teilhaberechte sollen die materiellen und tatsächlichen Voraussetzungen geschaffen werden, die dem Bürger erst den Gebrauch der Grundrechte ermöglichen und ohne die der Schutz der Grundrechte leerlaufen würde.¹⁹⁷⁾ Nur über die Teilhaberechte soll das vom Grundgesetz "versprochene" Maß an realer Freiheit erreicht werden können.¹⁹⁸⁾

Die hier dargestellte Lehrmeinung ist zum Teil auf heftige Ablehnung gestoßen. Von den Kritikern wird überwiegend eine Verwässerung der klaren Aussage der Grundrechte als gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte befürchtet.¹⁹⁹⁾

noch 194) Vgl. die Nachweise bei P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (94).

195) Insbesondere P.Häberle, hat hier Akzente gesetzt, vgl. VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (92, 97, 110); ferner auch Friauf, DVBl.1971, 674 ff (675 f); Scheuner, VVDStRL 30 (1972), S.144; ders., DöV 1971, 505 ff (512 f); die Rechtsprechung hat nunmehr erstmals diese Überlegungen ausdrücklich aufgenommen, vgl. BVerfG v.18.7.1972, BVerfGE 33, 303 ff (330 ff) = NJW 1972, 1561 ff = DVBl.1972, 725 ff (Entscheidung zum numerus clausus).

196) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (70).

197) So übereinstimmend Friauf, DVBl. 1971, 674 ff (677); Habermas, Strukturwandel, S.242 ff; P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (92, 96, 98); ders., Wesensgehaltsgarantie, S.15 f; Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (28); Rupp, JZ 1971, 401 ff (402); Schaumann, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, 48 ff.

198) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (68, 76, 84).

199) Forsthoff, Staat, S.150 ff; Schnur, Besprechung zu P.Häberle, Wesensgehaltsgarantie, DVBl.1965, 489 ff (490); Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, 1969, S.99 ff, 121 ff; Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (33 f); H.H.Klein, Grundrechte, S.65 ff.

Vor allem aber wird bezweifelt, ob es den Grundrechten überhaupt um die Sicherung und Herstellung eines Raums realer Freiheit geht.²⁰⁰⁾

Diese Kontroverse kann nur über eine historische Betrachtung der Grundrechte und eine Analyse von Sinn und Aufgabe der Grundrechte in Staat und Gesellschaft der Gegenwart gelöst werden.²⁰¹⁾ Es ist weitgehend unbestritten, daß die Grundrechte unter Zugrundelegung eines Menschenbildes vom weitgehend materiell unabhängigen und selbständigen Menschen, als gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte zur Sicherung individueller Freiheit konzipiert wurden.²⁰²⁾ Im gleichen Umfang unbestritten ist der Befund, daß dieses Menschenbild nicht dem Menschen in der modernen Industriegesellschaft entspricht, der sich zur Sicherung seiner Existenz in mannigfaltige Abhängigkeiten begeben muß, die seine Eigenständigkeit nahezu völlig aufheben.²⁰³⁾ Folge dieser Divergenz ist, daß auch die dargestellte herkömmliche Konzeption der Grundrechte teilweise an der Wirklichkeit vorbeigeht. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß Grundrechte als gegen den Staat gerichtete Ausgrenzungsrechte nur einen unzureichenden Schutz gegen gesellschaftliche Mächte gewähren und bei einzelnen Grundrechten nur über die in den Grundrechten ruhenden objektivrechtlichen Garantien individuelle Freiheiten noch gesichert werden können.²⁰⁴⁾

200) Dazu insbesondere H.H.Klein, Grundrechte, S.61.

201) Scheuner, DÖV 1971, 505 ff (511); P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (z.B. 70, 72, 76, 92).

202) Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift-Forsthoff 1972, S.325 ff (330).

203) Dabei sind die Abhängigkeiten am Arbeitsplatz und der sozialen Zukunftssicherung nur die stärksten Bedrängungen, vgl. Scheuner, DÖV 1971, 505 ff (511); P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (85, 95, 101).

204) Die Lehren zur Drittwirkung der Grundrechte (vgl. dazu Dürig, in M-D-H, Rdnr. 56 ff zu Art.2) und zu den objektiven Bestandteilen (Scheuner) der Grundrechte (dazu P.Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S.70 ff;

Aufgabe einer sich unter der Veränderung sozialer Verhältnisse mitverändernden Grundrechtsinterpretation²⁰⁵⁾ ist es nun, den grundrechtlichen Verbürgungen zu größtmöglicher Effektivität zu verhelfen. Dies bedeutet mit P.Häberle²⁰⁶⁾ die Grundrechte des Eingriffsstaats in solche des Leistungsstaats der Gegenwart "umzuschreiben". Ziel dieser Uminterpretation ist es, eine grundrechtlich gesicherte Teilhabe aller an den in den Grundrechten verbürgten "Leistungen" des Staates zu erreichen. Diese Konzeption ist in seinem freiheitschaffenden Effekt für alle überzeugend. Sie schlägt allerdings nicht gegenüber allen Grundrechten in gleichem Umfang durch.²⁰⁷⁾ Bedeutsam ist dabei, von welcher Seite das Grundrecht bedroht ist, je nachdem tritt der Abwehrcharakter oder der Teilhabecharakter mehr in den Vordergrund: So wird leicht deutlich, daß für den Schutz von Leben und persönlicher Freiheit der Abwehrcharakter der Grundrechte nach wie vor von allergrößter Bedeutung²⁰⁸⁾ ist und andererseits für das Recht auf Ausbildung die Teilhabeseite mehr effektiven Grundrechtsschutz

noch 204) Schmitt Glaeser, AöR Bd.97 (1972), S.60 ff (97 ff)) beschreiben nur die wichtigsten Einbruchstellen des Grundrechtssystems, vgl. noch Scheuner, DÖV 1971, 505 ff (507 ff).

205) Scheuner, DÖV 1971, 505 ff (511); P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (70, 72, 76, 92); Friauf, DVBL.1971, 674 ff (674 f).

206) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (74).

207) So zutreffend Scheuner, DÖV 1971, 505 ff (511). Eine solche Differenzierung hinsichtlich des einzelnen Grundrechts steht einer schematischen Systematisierung entgegen und läßt dadurch die verschiedenen Dimensionen des Grundrechtsschutzes deutlicher werden. Ähnlich P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (75), der richtig mehrere Seiten eines Grundrechts sieht, die je, weils teils Abwehrcharakter und teils Teilhabequalität haben.

208) Scheuner, a.a.O..

bewirkt.²⁰⁹⁾ Umgekehrt ist aber andererseits auch bei Art.2 Abs.2 GG der Teilhabecharakter, der Ausdruck findet im Anspruch auf Fürsorge, persönliches Existenzminimum und möglicherweise auch in einem Recht auf Umweltschutz,²¹⁰⁾ und bei Art.12 Abs.1 GG der Abwehrcharakter des Grundrechts, der sich namentlich gegen mannigfaltige Reglementierungen entfaltet, zu beachten.

Sind insofern alle Grundrechte mehr oder minder soziale Grundrechte²¹¹⁾ mit mehr oder minder stark ausgeprägtem Teilhabecharakter, so könnte ihre am Gleichheitssatz orientierte verfahrensmäßige Verwirklichung²¹²⁾ für eine bürgerschaftliche Partizipation im Bereich der Überwachungsverwaltung von weitreichender Bedeutung sein.

b) Das soziale Grundrecht als Verfahrensrecht

aa) Teilhaberecht und Anspruch auf behördliches Einschreiten

Dabei müssen zunächst Versuche zurückgewiesen werden, die Interpretation der Grundrechte als Teilhaberecht als für die Überwachungsverwaltung irrelevant zu qualifizieren, weil der Anspruch auf ordnungsbehördliches Einschreiten nicht als Leistung im Sinne der sozialen Grundrechte angesehen werden könne.²¹³⁾

209) Hier kann man durchaus davon sprechen, daß mit dem Urteil des BVerfGs zum numerus clausus ein Durchbruch erzielt wurde, vgl. BVerfG v.18.7.1972, BVerfGE 33, 303 ff (330 ff). In der Sache war die Entscheidung allerdings schon weitgehend zubereitet, ohne daß dies allerdings im Urteil deutlich wird.

210) Ein Grundrecht auf unschädliche Umwelt leitet H.H.Rupp, JZ 1971, 401 ff (402) zumindest prinzipiell aus Art.1 und 2 GG ab.

211) In diesem Sinne P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (76, 92).

212) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (86 ff). Der von P.Häberle vorgeschlagene Weg eines "Umbaues" der Statuslehre und Entwicklung eines status activus processualis ist dabei geeignet, die Bedeutung des Verfahrens ganz allgemein zu verdeutlichen.

213) Engagiert in diesem Sinne mit einer kaum haltbaren begriffsjuristischen Argumentation Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S.10 ff; zweifelnd wohl auch Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (8).

Die Besonderheit eines Anspruchs auf ordnungsbehördliches Tätigwerden besteht zwar darin, daß hier im Gegensatz zu grundrechtlich begründeten staatlichen Leistungsgewährungen²¹⁴⁾ nicht ein Mehr an Rechten und Mitteln eingeräumt wird, sondern daß dem in seinen Rechten gestörten Antragsteller nur das wiedergegeben wird, was er bereits innehatte und was ihm nach der Rechtsordnung auch zusteht und ihm nur durch einen von der Rechtsordnung mißbilligten Eingriff entzogen oder vorenthalten wird. Hingegen ist aber zu bedenken, daß die Dimension eines Grundrechts mit partiellem Teilhabecharakter über einen Anspruch auf Leistung im materiellen Sinne hinausgeht. Grundrechtliche Teilhaberechte entfalten ihre Wirkung gegenüber der gesamten Staatstätigkeit,²¹⁵⁾ die zugleich die Summe aller Leistungen gegenüber der Allgemeinheit und dem Individuum ist. Insofern ist die dargestellte Konzeption der grundrechtlichen Teilhaberechte auch für die Überwachungsverwaltung von Bedeutung.

bb) Grundrechtliches Teilhaberecht und Partizipation

Die Wirksamkeit eines Grundrechts ist abhängig von der Durchsetzbarkeit dieses Rechts. Die Durchsetzbarkeit eines Teilhaberechts im Bereich der Überwachungsverwaltung wiederum verwirklicht sich in besonderer Weise im Grundrechtsverfahren (P.Häberle). Daraus ergibt sich hier die Frage, ob grundrechtliche Teilhaberechte an staatlicher Leistung Beteiligungsrechte des Betroffenen am staatlichen Verfahren beinhalten oder anders ausgedrückt, in welchem Verhältnis stehen Partizipation und grundrechtliches Teilhaberecht?

214) Anspruch auf Fürsorge: BVerwG v.24.6.1954, BVerwGE 1, 159 ff (161 f); auf Tuberkulosehilfe verneint vom BVerwG v.19.12.1956, BVerwGE 4, 215 ff (219 f), bejaht hingegen vom VG Düsseldorf v.26.4.1962, DVBl. 1962, 559; Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.27 (Anm.2) zu Art.2 II; auf Privatschulsubvention: BVerwG v.22.9.1967, BVerwGE 27, 360 ff (363); auf Ausbildung und Ausbildungsstätten: BVerfG v.18.7.1972, BVerfGE 33, 303 ff (330 ff) = NJW 1972, 1561 ff (1564).

215) Mit Recht kritisiert deshalb P.Häberle, VVDStRL 30

Hier gilt es zu differenzieren, denn es sind weder Partizipation und Grundrecht grundsätzlich identisch,²¹⁶⁾ noch sind sie grundsätzlich nicht-identisch.²¹⁷⁾ Grundrechtliche Teilhaberechte richten sich in ihrer Zielbestimmung auf eine Beeinflussung der Verteilung staatlicher Leistungen, sind also nicht generell auf Einflußnahme hinsichtlich der Volkswillensbildung beschränkt. Grundrechtsverwirklichung in diesem Sinne ist ohne Partizipation des Betroffenen nicht denkbar. Insbesondere nicht im Hinblick auf einen Anspruch auf behördliche Tätigkeit im Bereich der Überwachungsverwaltung, da hier die individuellen subjektiven Rechte zur Geltung zu bringen sind. Damit sind aber Grundrecht und Partizipation nicht identisch, vor allem erschöpft sich das Grundrecht nicht in der Partizipation. Vielmehr verwirklicht hier Partizipation nur die verfahrensrechtliche Seite des Grundrechts²¹⁸⁾ im Sinne einer Verfahrensstation. Inhalt dieser verfahrensrechtlichen Seite des Grundrechts, die den materiellen Anspruch der grundrechtlichen Gewährleistung gänzlich unberührt läßt, sind Partizipationsformen, die das individuelle Grundrechts"feld" verdeutlichen. Es ist dies das Recht auf Anhörung, das für die Grundrechtsverwirklichung im Bereich der Überwachungsverwaltung eine unverzichtbare Bedeutung hat.²¹⁹⁾ Das Anliegen dieser sich aus der ver-

noch 215) (1972), S.43 ff (89), daß die Diskussion um Grundrechte als Teilhaberechte zu sehr auf materielle Ansprüche fixiert ist. Auch ordnungsbehördliches Handeln ist staatliche Leistung im weiteren Sinne, vgl. auch Friauf, DVBl. 1971, 674 ff (675).

216) Auf diese Grundsätze kommt es an! Die Nichtidentität von Grundrecht und Partizipation wird zu wenig betont von P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (81 ff).

217) Zu weitgehend hier Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (221 ff), da sich das Verhältnis von Partizipation und Grundrechten nicht allein aus der Perspektive der Art. 5, 8 oder 9 GG erschließen läßt.

218) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (87, 89).

219) "Anhörung" aber im untechnischen Sinne. Entscheidend ist eine verfahrensrechtliche Mindestbeteiligung, die grundrechtsspezifisch ausgestaltet werden muß und die es ermöglicht, das Grundrecht zu Gehör zu bringen.

fahrensrechtlichen Seite des Grundrechts ergebenden Teilhabeform ist deckungsgleich mit dem bereits erwähnten, aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelten Anhörungsrecht und den Partizipationen, die aus dem Übermaßverbot hergeleitet werden, das doch, wenn auch nunmehr einer direkten eigenständigen Begründung aus der Verfassung zugeführt,²²⁰⁾ seinen Ursprung im Grundrecht selbst hat.²²¹⁾

Um Mißverständnissen vorzubeugen: Die Grundrechte sind damit nicht in Partizipation aufgelöst und zur Disposition gestellt.²²²⁾ Sie stehen als Grenzmaßbestimmung über dem Verfahren und dem Ergebnis des obrigkeitlichen Entscheidungsvorgangs,²²³⁾ und in individueller Beliebigkeit,²²⁴⁾ aber sie sind auch nicht denkbar und durchsetzbar ohne Verfahren.

Darüberhinaus bestehen aber zwischen Partizipation und Grundrecht weitere Zusammenhänge. Sie stehen nämlich dort in einer Form-Inhalt-Beziehung, wo grundrechtliche Verbürgungen Teilhabemodalitäten enthalten²²⁵⁾ oder in ihren Vorwirkungen²²⁶⁾ Partizipation bedingen. Diesen Entscheidungsformen ist nunmehr im Hinblick auf die Überwachungsverwaltung im einzelnen nachzugehen.

220) So vor allem die Rechtsprechung des BVerfGs, vgl. nur v. 5.8.1966, BVerfGE 20, 150 ff (155).

221) In diesem Sinne Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.71 zu Art.20.

222) Vor dieser durch fehlende Differenzierung hervorgerufenen Gefahr warnt eindringlich H.H.Rupp, Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, S.611 ff (613).

223) Auf diese begrenzende Funktion der Grundrechte weist Scheuner hin, vgl. in: Staatszielbestimmung, in: Festschrift-Forsthoef 1972, S.325 ff (330).

224) So richtig Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (222 f).

225) So im Fall des bereits erwähnten Art.6 IV GG.

226) Böckenförde, VVDStRL 30 (1972), S.163.

II) Die Grundrechte im einzelnen

Der Ansatz dieser grundrechtlichen Analyse muß notwendigerweise dort sein, wo das Grundgesetz selbst bürger-schaftliche Teilhabe oder Einflußnahme auf staatliches Handeln vorsieht. Die deutlichste Aussage enthält die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs gemäß Art.103 Abs.1 GG. Diese Bestimmung garantiert das rechtliche Gehör aber ausdrücklich nur für das Verfahren vor den Gerichten. Da eine entsprechende Anwendung auf das Verwaltungsverfahren im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Bestimmung, seiner systematischen Stellung im Gesetz und seiner Entstehungsgeschichte zu Recht einhellig abgelehnt wird,²²⁷⁾ ist aus Art.103 Abs.1 GG eine Aussage für die Überwachungsverwaltung nicht herzuleiten.

Erfolgversprechender erscheint hingegen auf den ersten Blick, wenn die Analyse dort anknüpft, wo im Grundrechtsteil bestimmte Entscheidungen der Verwaltung unter den Vorbehalt einer positiven Willensäußerung des betroffenen Bürgers gestellt sind, so in Art.6 Abs.3 GG (grundsätzlich kein Entzug der Kinder gegen den Willen der Eltern), Art.7 Abs.3 GG (keine Verpflichtung des Lehrers zur Erteilung von Religionsunterricht gegen seinen Willen) und Art.16 Abs.1 Satz 2 GG (nur in Ausnahmefällen Verlust der Staatsangehörigkeit gegen den Willen des Betroffenen). Die dem Betroffenen in diesen Fällen grundgesetzzugestandene Willensentscheidung ist aber nur eine besondere Ausprägung des grundrechtlichen Abwehrcharakters.²²⁸⁾ Das Einver-

227) Vgl. nur Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.92 zu Art.103 I GG; König, DVBl.1959, 189 ff (189); F.Mayer, Verwaltungsrecht, S.69; BayVerfGH v.30.11.1972, BayVBl.1973, 71 m.z.N.; BVerfG v.14.10.1969, BVerfGE 27, 28 ff (103).

228) In diesem Sinne auch Seifert, Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden, DÖV 1972, 671 ff (S.672: Der Betroffene bleibt Herr seines Schicksals); für Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.35 zu Art.6 ist die Zustimmung der Eltern offenbar eine sachliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Trennung; Art.7 III 3 GG beinhaltet einen speziellen Schutz des Lehrers im besonderen Gewaltverhältnis: Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.54 zu Art.7.

ständnis des Rechtsträgers ist zwar Begrenzung und damit zugleich Zulässigkeitsvoraussetzung des Verwaltungshandelns, aber ermöglicht eben nur insoweit Einflußnahme auf die Verwaltung. Abgesehen davon, daß darin eine materielle Mitbestimmung des Inhalts des Verwaltungshandelns nicht liegt, kommt diesen grundrechtlichen Willensvorbehalten auch keine übergreifende Bedeutung für das Handeln der Überwachungsbehörden zu.

Bei fehlendem normativen Ansatz liegt es nun nahe, am fundamentalen Satz von der Menschenwürde anzuknüpfen.

1) Der Grundsatz der Menschenwürde

Die überragende Stellung der Menschenwürde im Grundgesetz wird deutlich, wenn sie als höchster Rechtswert²²⁹⁾ und tragendes Konstruktionsprinzip²³⁰⁾ und alle Bestimmungen des Grundgesetzes beherrschend angesehen wird.²³¹⁾ Betrachtet man die Spannweite der dem Art.1 Abs.1 Satz 1 GG zugemessenen Bedeutung, so haben die bisherigen Versuche, aus Art.1 Abs.1 GG konkrete Folgerungen für das Verwaltungsverfahren herzuleiten, zu vergleichsweise dürftigen Ergebnissen geführt.²³²⁾ Bedeutungsvoll für das Verhältnis vom Bürger zu seinem Staat ist vor allem die Erkenntnis, daß

229) So insbesondere die Rechtsprechung des BVerfGs, vgl. BVerfG v. 20.12.1960, BVerfGE 12, 45 ff (53); v.2.5.1967, NJW 1967, 1412; v.16.7.1969, NJW 1969, 1707; v.24.2.1971, BVerfGE 30, 173 ff (193 f) = NJW 1971, 1654 = JZ 1971, 544 = DVBl.1971, 684 (685 m.w.N.); vgl. auch Dürig, Grundrechtssatz, S.119; Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), S.33 ff (47, Anm.45); vgl. auch zur verwendeten Terminologie und zum Inhalt des Art.1 I GG Schmitt Glaeser, Mißbrauch, S.211 ff; Stöcker, Menschliche Würde und kritische Jurisprudenz, JZ 1968, 685 ff (687 f); Zippelius, Menschenwürde, in: Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp.1302 ff; der Streit um den Grundrechtscharakter ist dafür von untergeordneter Bedeutung, vgl. zum Streitstand: Zippelius, in: Bonner Kommentar, 1966, Art.1 Rdnr.28 ff; Löw, Ist die Würde des Menschen eine Anspruchsgrundlage? DÖV 1958, 516 f; vgl. die Position von Nipperdey, in: Die Grundrechte, 2.Band, S.11 ff, zur Gegenposition v. Man-goldt, GG, S.43.

230) Vgl. Wintrich, Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl.1957, 137 ff (137); ebenso Hesse, Grundzüge, S.150; Dürig, Grundrechtssatz, S.123.

die Menschenwürde es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt staatlicher Machtausübungen zu machen.²³³⁾ Versuche, aus einer extensiven Betrachtung des Art.1 Abs.1 GG verfassungsrechtliche Detailregelungen des Verwaltungsverfahrens zu entnehmen, müssen angesichts der Konkretisierungsbedürftigkeit²³⁴⁾ der Vorschrift zur Spekulation²³⁵⁾ führen und versprechen wegen der undeutlichen Konturen der Menschenwürde kaum überzeugende Ergebnisse.²³⁶⁾ Eine Partizipationsaussage ist vielmehr nur im Kernbereich der Menschenwürde zu suchen.

Wenn die Menschenwürde verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt staatlicher Macht zu denaturieren, dann zeigt sich darin durchaus eine emanzipatorische Kraft der Menschenwürde,²³⁷⁾ die den Menschen aus der Passivität heraus, in

noch 231) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.1 zu Art.1; v.Mangoldt-Klein, Art.1 Anm.III 1 b (S.146 f); Leibholz-Rinck, GG; Rdnr.1 zu Art.1; BVerfG v.16.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff (36, 41).

noch 232) Die Situation hat sich seit der Ablehnung eines Anspruchs auf Fürsorge aus Art.1 durch BVerfG v.19.12.1951, BVerfGE 1, 97 ff (104) praktisch nicht verändert. Vgl. auch Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (224); kritisch zur genannten Entscheidung des BVerfGs vor allem Bachof, VVDStRL 12 (1953), S.37 ff (42); vgl. zum Meinungsstand in dieser Frage die zahlreichen Nachweise bei Kloepfer, Grundrechte, S.5 f.

233) Dürig, Grundrechtssatz, S.127; ders., in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.34 ff zu Art.1 I; ders., in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.5 zu Art.103; Wintrich, BayVBl 1957, 137 ff (137 f); BVerfG v.16.7.1969, NJW 1969, 1707; BGH v.22.3.1961, BGHZ 35, 1 ff (8).

234) P.Schneider, VVDStRL 20 (1963), S.1 ff (39).

235) So leitet z.B. Kopp, Verfassungsrecht, S.34 aus Art.1 I einen Anspruch des Betroffenen auf ein Rechtsgespräch mit der Verwaltung ab. Zwar mag ein solches Rechtsgespräch durchaus von der Menschenwürde her wünschenswert sein, ein Anspruch kann jedoch darauf nicht hergeleitet werden.

236) Vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973)', S.179 ff (224).

237) P.Häberle, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff (85, Anm.181).

eine partnerschaftliche Stellung erhebt und ihn zur Mitverantwortung und Mitgestaltung nicht nur des Gemeinwesens verpflichtet,²³⁸⁾ sondern vor allem auch seines eigenen begrenzten Lebensbereichs. Jedoch ist weder der dahinter stehende Gedanke von der dem Menschenbild des Grundgesetzes entsprechenden Selbstbestimmung durch Mitbestimmung²³⁹⁾ noch das Verbot, den Menschen zum bloßen Objekt zu erniedrigen,²⁴⁰⁾ allein geeignet, eine Partizipationsforderung zu begründen. Erst eine Zusammenschau beider Gedanken macht ihre Konturen deutlich: Eine absolute Objektstellung ist mit der Vorstellung der Selbstbestimmung unvereinbar. Schon ein geringes Maß an Selbstbestimmung durch Mitwirkung schließt aber eine absolute Objektstellung aus. Für das Handeln der Überwachungsbehörden bedeutet dies, daß im Hinblick auf die Menschenwürde gegenüber dem Betroffenen in der Regel keine Maßnahme erge-

238) Schmitt Glaeser, Mißbrauch, S.98 ff; es ist nämlich nicht Aufgabe der Obrigkeit, von hoher Hand das Wohl von "Untertanen" zu bestimmen, so das BVerfG v.17.8.1956, BVerfGE 5, 85 ff (204 f).

239) So Kisker, DÖV 1972, 520 ff (527), der aber ausdrücklich offen läßt, ob aus Art.1 I GG konkrete Mitbestimmungsforderungen abgeleitet werden können. Vgl. auch noch Schmitt Glaeser, der ebenfalls die Idee der Selbstbestimmung als zu wenig aussagekräftig ansieht, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (225). Programmatische Sätze wie, "die Selbstbestimmung gehöre zu den Fundamentalnormen des Rechtsstaates, der immer dort, wo sie zum Ziel führt, volle Entfaltungsmöglichkeit zu gewähren ist", so Kuttler, Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe, S.211 ff (225), helfen hier als Leerformeln nicht weiter.

240) So im Abhörurteil, BVerfG v. 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (25 f) = NJW 1971, 275 ff (279); zu allgemein insofern Krieger, Recht des Bürgers, S.167 f., nicht in jedem Fall fehlender Anhörung wird der Betroffene zum Objekt erniedrigt!

hen darf, ohne ihm zuvor Gelegenheit²⁴¹⁾ gegeben zu haben, sich zu den dem Handeln zugrundeliegenden Tatsachen zu äußern.²⁴²⁾

Diese Soll-Anhörung des Betroffenen ist unabhängig davon, geboten, ob die Entscheidung der Verwaltung Ergebnis eines förmlichen oder eines formlosen Verwaltungsverfahrens ist. Die im Gegensatz hierzu im EVwVerfG 1963 getroffene Differenzierung²⁴³⁾ ist verfehlt, da entscheidend ist, ob ein Eingriff vorliegt, nicht aber, ob der Willensäußerung ein bestimmtes Verfahren vorausgegangen ist.²⁴⁴⁾ Die Anhörungsmodalitäten sind ferner im einzelnen so auszugestalten, daß nicht nur eine Scheinanhörung vorliegt. Das bedeutet insbesondere Partizipationshilfe durch Information des Anzuhörenden, die diesen in die Lage versetzt, von seinem Anhörungsrecht auch effektiven Gebrauch zu machen,²⁴⁵⁾ sowie Anhörung zu einem Zeitpunkt, in dem die

241) Nur auf die Gelegenheit kommt es an, nicht aber auf die Anhörung selbst, vgl. König, DVBl. 1959, 189 ff (194); OVG Münster, v. 25.1.1955, OVG 9, 231 ff (233); OLG Köln v. 2.12.1970, MDR 1971, 402.

242) Ebenso Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff (224) m.w.N.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 16 ff; a.A. F. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 69, zweifelnd für den öffentlichen Dienst auch Leisner, Mitbestimmung, S. 27 f; kritisch auch Lerche, ZZP 78, (1965), S. 1 ff (30); wie hier BVerfG v. 13.2.1958, BVerfGE 7, 275 ff (279); BVerwG v. 1.10.1963, DVBl. 1965, 28; zu eng Renkl, Gehör, S. 40, wenn er meint, daß sich Art. 1 I GG nur auf die "Behandlung" des Einzelnen im Verfahren bezieht; Art. 1 I GG ist mehr als die Gewährleistung eines goldenen Käfigs!

243) Sollvorschrift für das nichtförmliche Verfahren in § 21 I und Mußvorschrift für das förmliche Verfahren in § 52 I; dazu Sendler, AöR 94 (1969), S. 130 ff (147); diese Differenzierung ist durch die in § 24 Entwurf VwVfG 1973 enthaltene in wesentlichen Teilen entschärft und relativiert worden.

244) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 93 zu Art. 103; Ule, Verwaltungsreform, S. 66; zu Recht weist Kopp, Verfassungsrecht, S. 32 f, 80 f, 118 darauf hin, daß die Rechtsprechung schon über diese Regelung hinaus ist, vgl. insbesondere BVerwG v. 1.10.1963, DVBl. 1965, 26 ff (28); v. 12.1.1967, MDR 1967, 519; BayVGh v. 6.9.1951, BayVGHE N.F. 4. 164 ff (173).

Anhörung den Inhalt der Entscheidung noch beeinflussen kann.²⁴⁶⁾

2) Der allgemeine Gleichheitssatz

Vom allgemeinen Gleichheitssatz geht edukatorische Wirkung aus, indem er den staatlichen Gewalten aufgibt, sowohl bei der Schaffung, als auch bei der Anwendung von Normen Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Eine Differenzierung ist dann nicht möglich, wenn sich kein sachlicher Grund dafür findet, daß im konkreten Fall Gleiches ungleich behandelt wird und die Regelung als schlechthin willkürlich erscheint.²⁴⁷⁾ In dieser Ausgestaltung überwacht der Gleichheitssatz nicht nur die verfassungsmäßige Funktion des Staatsapparates,²⁴⁸⁾ er entfaltet darüberhinaus auch eine subjektive Gewährleistung, indem der einzelne weder willkürlich von staatlichen Leistungen ausgeschlossen,²⁴⁹⁾ noch willkürlich mit staatlichen Eingriffen belastet werden darf.²⁵⁰⁾

245) Dabei ist es hier Sache der Behörde, wie sie ihrer Informationspflicht nachkommt, vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (224 f); Kopp, Verfassungsrecht, S.40 f; König, DVBl.1959, 189 ff (194); BVerwG v.29.5.1957, DVBl.1957, 622 ff (624); möglich sind mündliche und schriftliche Auskünfte, aber auch die Gewährung von Akteneinsicht.

246) König, DVBl.1959, 189 ff (193); zu dem richtigen Zeitpunkt noch später.

247) So die Prüfungskriterien des BVerfGs, vgl. BVerfG v. 27.5.1964, BVerfGE 18, 38 ff (46); v.20.4.1966, BVerfGE 20, 31 ff (33); v.14.12.1966, BVerfGE 21, 6 ff (9); v.15.1.1969, BVerfGE 25, 101 ff (105).

248) Kloepfer, Grundrechte, S.94.

249) Zu dieser leistungsstaatlichen Verteilerfunktion des Gleichheitssatzes vgl. vor allem P.Häberle, VVDStRL 30, (1972), S.43 ff (92, 96 ff), ferner Martens, VVDStRL 30 (1972), S.7 ff (21 ff); ferner BVerfG v. 18.7.1972, BVerfGE 33, 303 ff (331 f) = NJW 1972, 1561 ff (1564).

250) Kritisch zur Ableitung eines Willkürverbots durch die Verfassungsgerichte Schweiger, Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots, in: Festschrift Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 1972, S.55 ff; ablehnend Evermann, Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots? ebda, S.45 ff.

In beiden Fällen ist das Verwaltungsverfahren ein Instrument der Feststellung und Wahrung des Gleichmaßes staatlicher Handlungen. Hier ist namentlich die zweite Alternative, das Verbot der willkürlichen Belastung durch staatliche Eingriffe, von Interesse. Es geht um die Garantie der Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung,²⁵¹⁾ verwirklicht durch ein rechtlich geordnetes Verwaltungsverfahren.²⁵²⁾ Willkürliches Handeln ist nach der Rechtsprechung des BVerfGs nicht eine Frage der subjektiven Motivation, sondern der objektiven Unangemessenheit der Maßnahme.²⁵³⁾ Die Chance, dies zu erkennen, hat der Betroffene nur bei Kenntnis der objektiven und subjektiven Gegebenheiten einer ihn betreffenden Regelung und deshalb muß die Erlangung dieser Kenntnisse gewährleistet sein. Das ist die Mindestvoraussetzung einer ohnehin nicht voll erreichbaren und von Verfassungswegen auch nicht gebotenen "Waffengleichheit"²⁵⁴⁾ von Betroffenen und Verwaltung im Verwaltungsverfahren. Erst die Information macht aus dem Betroffenen einen der Verwaltung einigermaßen ebenbürtigen Partner,²⁵⁵⁾ der nicht gegenüber der Verwaltung

251) Zur Garantie der gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes durch den Gleichheitssatz vgl. Ipsen, in: Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S. 142 f; Götz, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, DVBl. 1968, 93 ff (94 f).

252) Kopp, Verfassungsrecht, S. 168 f m.w.N..

253) Hesse, Grundzüge, S. 177 m.w.N..

254) Zur Notwendigkeit einer Waffengleichheit auch im Verwaltungsverfahren vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 172 m.z.N.; Oberndorfer, DV 1972, 529 ff (533); Mängel, S. 24.

255) Allgemein ist die Tendenz festzustellen, aus Art. 3 I GG eine Gleichstellung von Staat und Bürger herzuleiten. Vgl. dazu ferner die Idee der Chancengleichheit im Bereich der Wirtschaft, dazu mit zahlreichen Nachweisen Klopfer, Grundrechte, S. 95 sowie jüngstens BVerwG v. 8.9.1972, NJW 1972, 2325 f (2326).

in - Widerspruch hervorrunder - Hinterhand ist.²⁵⁶⁾
Die partnerschaftliche Gleichberechtigung von Betroffenem und Verwaltung und möglichst umfassende gegenseitige Information ist die dem Gleichheitssatz zuzuordnende Partizipationsmodalität.²⁵⁷⁾

3) Das Recht der Informationsfreiheit

Das Recht der Informationsfreiheit ist hier nur insoweit relevant, als damit möglicherweise korrespondierende Informationspflichten der Verwaltung als Partizipationshilfen bestehen, nicht aber soweit allgemein die Verwaltung als Helfer des Bürgers²⁵⁸⁾ angesprochen ist.²⁵⁹⁾

256) Gerade die Überzeugung des Betroffenen, erst im gerichtlichen Verfahren eine Gleichheit mit der Verwaltung wenigstens in den formellen Mitteln zu erlangen, fördert die Neigung, sich zur Streitentscheidung an die Gerichte zu wenden. Zur Waffengleichheit der Streitbeteiligten im Verwaltungsstreitverfahren: BVerwG v.20.1.1966, BVerwGE 23, 135 ff (139).

257) Vgl. noch F.Mayer, Verwaltungsrecht, S.68; ders., BayVBl.1960, 332 ff (336); ähnlich, wenn auch die Anhörung überbetonend, Kopp, Verfassungsrecht, S.173.

258) Dieses Thema ist angesichts der zunehmenden Komplexität und Undurchsichtigkeit des Rechts von ständig größer werdender Bedeutung. Interessant ist, daß in §§ 13 ff des Entwurfs eines Sozialgesetzbuches, BR-Drucks., 305/72 eine umfassende Regelung dieser Problematik vorgesehen ist. Durch § 21 Entwurf VwVfG 1973 wird für die Behörden eine allgemeine Beratungs- und Auskunftspflicht zugunsten des Bürgers eingeführt, denn es soll niemand aus Unkenntnis seiner Rechte verlustig gehen (Einzelbegründung, S.49). Vgl. neuestens allgemein Laubinger, Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, in: Demokratie und Verwaltung, S.439 ff; Krieger, Recht, S.138 ff; Jakumeit und Wilde, Die behördliche Betreuungspflicht in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, insbesondere die damit verbundenen Rechtswegfragen, SGb 1971, 375 ff; aus der neueren Rspr. vgl. BVerwG v.16.10.1969, BVerwGE 34, 93 ff (96); BGH v.17.9.1970, DB 1970, 2022 f (2023); BSG v.17.11.1970, NJW 1971, 822 ff; BFH v.22.1.1960, BStBl.1960, III, S.178 f; in jüngster Zeit beschäftigen sich die Gerichte zunehmend mit den Folgen von unrichtigen Auskünften, vgl. nur BGH v.27.4.1970, NJW 1970, 1414; v.29.5.1972, DVB1.1972, 827 f; BSG v.23.3.1973, 1389 f = DVB1.1972, 546 ff; v.17.5.1973, DVB1.1973, 793 f; OLG Stuttgart v.3.2.1971, Ba-WüVBl.1972, 138 ff.

Die Begründung eines allgemeinen Informationsanspruchs des Bürgers aus Art.5 Abs.1 GG würde die Ausgestaltung der Partizipationsmodalitäten zweifellos sehr weitgehend beeinflussen. Die bislang in Rechtsprechung und Lehre einhellig vertretene Ansicht,²⁶⁰⁾ daß ein auf die Informationsfreiheit des Art.5 Abs.1 GG gestützter Anspruch auf Vorlage von Behördenakten und Erteilung von Auskünften daran scheitert, daß es sich bei den Akten der Verwaltung und den Kenntnissen der Amtswalter nicht um allgemein zugängliche Quellen²⁶¹⁾ handelt, wurde in jüngerer Zeit in Arbeiten von Windsheimer²⁶²⁾ und Krieger²⁶³⁾ grundsätzlich in Frage gestellt. Zwar lehnen beide einen auf Art.5 Abs.1 GG gestützten allgemeinen Auskunftsanspruch ab,²⁶⁴⁾ jedoch können auch die von ihnen herausgearbeiteten partiellen Auskunftsansprüche nicht überzeugen, da sie keine greifbaren Abgrenzungskriterien zu vermitteln vermögen.

259) Denn dabei handelt es sich eher um Partizipation der Verwaltung am Handeln des Bürgers.

260) Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972), S.60 ff (65); Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.90 zu Art.5; ferner Brinckmann, Datenschutz und Recht auf Information, in: Datenschutz - Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung, hrsg. v.W.Kilian, K.Lenk, W.Steinmüller, Frankfurt, 1973, S.77 ff (insb. S.80) m.w.N.; BVerwG v.30.4.1965, DVBl.1965, 647 ff (648); v.25.3.1966, DVBl.1966, 575 ff (576); VGH Kassel v.24.8.1961, DÖV 1962, 757 = DVBl.1962, 641; OVG Koblenz v.30.9.1952, AS 3, 134 ff (136); OVG Münster v.18.11.1958, DÖV 1959, 391; v.7.5.1963, ZBR 1964, 287 ff (288); zuletzt v.9.3.1972, GewArch 1973, 73 ff (74).

261) Allgemein zugänglich ist nach der stän.Rspr des BVerfGs eine Informationsquelle, die geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen, vgl. BVerfG v.3.10.1969, NJW 1970, 235.

262) Windsheimer, Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art.5 Abs.1, 1968.

263) Krieger, Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft, 1972.

264) Windsheimer, aaO, S.139; Krieger, aaO, S.134 ff.

Windsheimer leitet aus Art.5 Abs.1 GG einen Auskunftsanspruch für den ab, der aktiv am öffentlichen Meinungsbildungsprozeß mitwirkt.²⁶⁵⁾ Selbst wenn man diesen Vorrang des Öffentlichen akzeptiert, so ist Windsheimers Auffassung abzulehnen, weil prinzipiell jeder am Vorgang der Meinungsbildung mitwirkt. Da Quantitätsüberlegungen nicht vorgenommen werden dürfen, würde diese These letztlich zu einem mit Art.5 Abs.1 GG nicht zu vereinbarenden allgemeinen Auskunftsanspruch führen. Ähnliches gilt für Krieger,²⁶⁶⁾ wenn er ein Auskunftsrecht hinsichtlich der Vorgänge bejaht, die geeignet sind, für Publikationen zu dienen. Da auch hier prinzipiell alle Vorgänge diese Eignung besitzen, bejaht er letztlich einen allgemeinen Auskunftsanspruch, den er zuvor abgelehnt hat.

Bei aller wünschenswerten Transparenz,²⁶⁷⁾ unter der die Behörden arbeiten sollen, ist die Verwaltung keine allgemein zugängliche Quelle, weder hinsichtlich des sachlichen Bestands noch der persönlichen Erkenntnisse der Amtswalter, denn der Bürger hat Auskunftsansprüche immer nur bei einem rechtlichen Interesse im Zusammenhang mit konkreten Verfahren. Die Verwaltung als Verpflichteter eines allgemeinen Auskunftsanspruchs dürfte überdies auch vom Umfang der begehrten Auskünfte überfordert werden und zwar von einer außerhalb ihrer Zweckbestimmung liegenden Aufgabe, die der Verwaltung die Erfüllung der Aufgaben innerhalb ihrer ureigenen Zweckbestimmung unmöglich machen würde. Ein allgemeiner Auskunftsanspruch kann aus der Meinungsfreiheit des Art.5 Abs.1 GG insofern nicht abgeleitet werden.

4) Das Recht der Meinungsäußerung

Das Recht der in Art.5 Abs.1 Satz 1 GG garantierten freien Meinungsäußerung verbürgt nicht nur die bloße Kundgabe

265) Windsheimer, aaO, S.164.

266) Krieger, aaO, S.117.

267) Windsheimer, aaO, S.32, 36, 141, 157 insb. S.42.

der Meinung, sondern auch die grundsätzliche Möglichkeit eines Empfangs dieser Meinung durch andere.²⁶⁸⁾ Damit könnte eine uneingeschränkte Einwirkung auf die staatliche Verwaltung durch die Inanspruchnahme der Äußerungsfreiheit postuliert sein. Dabei würde aber übersehen, daß die Meinungsäußerungsfreiheit des Art.5 Abs.1 Satz 1 GG nur auf den gesellschaftlich-politischen Bereich bezogen, also auf Beeinflussung des Volkswillensbildungsprozesses gerichtet ist,²⁶⁹⁾ nicht hingegen, zumindestens nicht unmittelbar, Instrument der Einflußnahme auf die Staatswillensbildung ist.²⁷⁰⁾ Dieses Recht des Sich-hörens hat überdies gegenüber dem Staat und seinen Einrichtungen eine besondere Ausgestaltung durch die Art.17, 103 I GG und dem Anhörungsrecht vor Verwaltungsbehörden erfahren.²⁷¹⁾

Windsheimer²⁷²⁾ unternimmt, ausgehend von der grundsätzlich richtigen Überlegung, daß Meinungsäußerung Information voraussetzt, den interessanten Versuch, aus dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit einen allgemeinen Auskunftsanspruch zu begründen. Er bejaht ein solches spezifisches Informationsrecht für den, der aktiv und objektiv am Meinungsbildungsprozeß teilnimmt.²⁷³⁾ Windsheimer

268) Vgl. Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972), S.60 ff (67); Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.59 zu Art.5; ebenso selbstverständlich BVerfG v.3.10.1969, BVerfGE 27, 71 ff (81).

269) Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972), S.60 ff (108 ff); ders., VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (222), jeweils mit weiteren Nachweisen.

270) Trotz fortschreitender Osmose von Staat und Gesellschaft (Forsthoff) ist an der grundsätzlichen, freiheitserhaltenden Trennung festzuhalten. Vgl. zu dieser Frage Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für W.Hefermehl, 1972, S.11 ff (insb. S.20 ff); ferner Weber-Fas, Aspekte einer Theorie des Staates, JZ 1973, 349 ff.

271) So Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.60, 61 zu Art.5.

272) Vgl. S.129 (Anm.262).

273) Windsheimer, Information, S.164.

verkennt dabei allerdings das Verhältnis von Informationsfreiheit und Freiheit der Meinungsäußerung. Die Meinungsäußerungsfreiheit schützt die Gewinnung von Informationen nur so weit, als sie für die Ausübung der Äußerungsfreiheit unerlässlich ist. Dieses Recht ist aber gerade durch den Schutzbereich der Informationsfreiheit gedeckt und abgedeckt und kann deshalb über die Informationsfreiheit hinausgehende Informationsansprüche nicht begründen.

5) Das Recht der Eltern

Das durch Art.6 Abs.2 GG in Verfassungsrang erhobene Elternrecht statuiert Rechte und Pflichten der Eltern in bezug auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder im schulischen und nichtschulischen Bereich.²⁷⁴⁾ Im schulischen Bereich ist das Elternrecht echtes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Mitgestaltung der äußeren und inneren Bedingungen des Schulunterrichts und Auswahlrecht hinsichtlich der Schularten.²⁷⁵⁾ In beiden Erscheinungen berührt sich das Elternrecht mit dem staatlichen Schulaufsichtsrecht gemäß Art.7 Abs.1 GG²⁷⁶⁾ und erfährt durch dieses Verhältnis

274) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.27 zu Art.6.

275) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.28 zu Art.6; vgl. ferner Heymann und Stein, Das Recht auf Bildung, AöR 97 (1972), S.185 ff (insbesondere S.227 ff, 230 f); Meder, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Schulrecht, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, S.229 ff (235 f); vgl. ferner allgemein Geiger, Die Bewertung der Familie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit und in der Verfassung, FamRZ 1973, 225 ff (227).

276) Die Konflikte können nur, da Elternrecht und Schulaufsicht gleichgeordnet sind, im Wege der praktischen Konkordanz gelöst werden. In diesem Sinne BVerfG v. 6.12.1972, BVerfGE 34, 165 ff (183 ff) = NJW 1973, 133 ff (134) = DVBl.1973, 257 ff = DÖV 1973, 50 ff; OVG Berlin v.7.12.1972, NJW 1973, 819 ff (819 f) mit Anm. Jessen, NJW 1973, 1340; HessStGH v.20.12.1971, DÖV 1972, 285 ff (286 f); OVG Hamburg, v.3.1.1973, DÖV 1973, 574 ff (576 f); zur Problematik insgesamt Stober, Sexualkunde in den Schulen, DÖV 1973, 554 ff.

seine Ausgestaltung. Aber auch in der Überwachungsverwaltung ist das Elternrecht nicht ohne Bedeutung und zwar gerade als Abwehrrecht.²⁷⁷⁾ So dürfte regelmäßig die polizeiliche Inanspruchnahme des Kindes als Störer zur Beseitigung der Störung eine Benachrichtigung der Eltern gebieten. Eine Inpflichtnahme ohne Information der Erziehungsberechtigten muß in aller Regel als ein Eingriff in das Elternrecht angesehen werden, zumal den Eltern die Möglichkeit genommen wird, die Störung mit Mitteln zu beseitigen, die dem Kind nicht zur Verfügung stehen.

6) Das Petitionsrecht

Als positives Statusrecht²⁷⁸⁾ gewährleistet das Petitionsrecht²⁷⁹⁾ des Art.17 GG ein Bitt- und Beschwerderecht und als solches das Recht des Petenden auf Entgegennahme, sachliche Prüfung und Bescheid der Petition durch die zuständige Behörde.²⁸⁰⁾ In dieser Funktion des "Herz-Ausschüt-

277) Zum Elternrecht als Abwehrrecht gegen unzulässige Eingriffe des Staates in das Erziehungsrecht vgl. BVerfG v. 20.10.1954, BVerfGE 4, 52 ff (57) = NJW 1954, 1761; v. 10.3.1958, BVerfGE 7, 320 ff (323) = NJW 1958, 865.

278) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.4 zu Art.17; ebenso G.Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S.131; a.A. Sengelmann, Der Zugang des Einzelnen zum Staat, 1965, S.38, 77, sowie Hamann, Anm. zu den Urteilen des OLG München v. 28.10.1955 und 25.4.1956, NJW 1957, 793 ff; ebda, S.794; die dem Petitionsrecht einen status activus beimessen, damit aber über Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art.17 GG hinausgehen, vgl. dazu Dürig, aaO, Rdnr.10, 11.

279) Vgl. allgemein Mattern, Petitionsrecht, in: Die Grundrechte, Bd.II, S.623 ff (zur Rechtsnatur S.629); jüngstens: Günther, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit des Petitionsrechts, Diss., Köln, 1972; Seidel, Das Petitionsrecht: Grundlagen, Verfahren, Reformen, 1972.

280) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.5 ff zu Art.17; Düwel, Amtsgeheimnis, S.115 m.w.N.; Krieger, Recht des Bürgers, S.99; Mattern, in: Die Grundrechte, Bd.II, S.629; Zeidler, Gutachten zum 44.DJT, Bd.I, Teil 2, 1962, S.55; ebenso das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. BVerfG v. 22.4.1953, BVerfGE 2, 225 ff (230); v.11.7.1961, BVerfGE 13, 54 ff (90).

tens"²⁸¹⁾ ist das Petitionsrecht erschöpft und darin findet zugleich die Möglichkeit ihre Grenze, auf die Entscheidung der Behörde zum der Petition zugrundeliegenden Sachverhalt Einfluß zu nehmen. Insofern bietet Art.17 GG keine Grundlage für eine unmittelbare bürgerschaftliche Teilhabe.²⁸²⁾ Dennoch darf die Einrichtung der Petition in ihrer mittelbaren Wirkung nicht unterschätzt werden,²⁸³⁾ vor allem in ihrer Bedeutung als Anregung für eine behördeninterne Überprüfung.

7) Die Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 GG bezieht sich ausdrücklich nur auf die Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten²⁸⁴⁾ und verbürgt einen effektiven Rechtsschutz durch die dritte Gewalt.²⁸⁵⁾ Unter Berufung auf diesen

281) So plastisch Dürig, aaO, Rdnr.1 zu Art.17.

282) Ebenso Krieger, Recht des Bürgers, S.98 m.z.N. hinsichtlich eines allgemeinen Auskunftsanspruchs.

283) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.11 zu Art.17; Die vom Bundestag geplante Verbesserung des Petitionsrechts, vor allem durch Ausstattung des Petitionsausschusses mit eigenen umfangreichen Ermittlungsrechten, ist nicht nur aus diesem Grund zu begrüßen, vgl. den Bericht in der SZ vom 24.5.1973, S.2.

284) Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S.245; Ule, Verwaltungsreform, S.63; Mayer, BayVBl.1960, 332 ff (333); Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (175).

285) So ausdrücklich die Rechtsprechung des BVerwGs, vgl. BVerwG v.2.9.1963, BVerwGE 16, 289 ff (293); v. 29.10.1963, BVerwGE 17, 83 ff (86); v. 21.10.1968, NJW 1969, 202 = DÖV 1969, 111 = DVBl.1969, 269 = VerwArch Bd.60 (1969), S.381 ff; vgl. auch BVerfG v. 15.12.1970, BVerfGE 30, 1 ff (25) = NJW 1971, 275 ff (278) = DÖV 1971, 49 ff = DVBl.1971, 49 ff = JZ 1971, 49 ff; benso v. 19.6.1973, BVerfGE 35, 263 ff (274) = NJW 1973, 1491 ff (1493); v. 18.7.1973, NJW 1974, 227 ff (227).

Effektivitätsgedanken wurde der Versuch unternommen, aus Art.19 Abs.4 GG bestimmte Vorwirkungen für das Verfahren in der Verwaltung zu entwickeln. Hier ist insbesondere²⁸⁶⁾ die von Lerche²⁸⁷⁾ vertretene Ansicht zu nennen, daß die Verwaltung aus Art.19 Abs.4 GG zur Gewährung rechtlichen Gehörs dann verpflichtet ist, wenn ein rechtzeitiger gerichtlicher Rechtsschutz nicht möglich ist und die Schaffung von vollendeten Tatsachen droht. Dieser Forderung ist in ihrem sachlichen Gehalt durchaus zuzustimmen, jedoch nicht der Berufung auf Art.19 Abs.4 GG. Diese Vorschrift gewährleistet effektiven Gerichtsschutz, nicht mehr und nicht weniger. Wo dieser mit dem herkömmlichen Klagesystem nicht mehr greift, wie oftmals gegenüber voll-

286) Die These Scheuners, VVDStRL 17 (1959), S.238, Art.19 IV GG enthalte den Grundsatz des due process, des rechtlich geordneten Verfahrens, ist weder in Rechtslehre noch in Rechtsprechung aufgegriffen worden, vgl. dazu Ule, Verwaltungsreform, S.63; zu Vorwirkungen im Einzelfall vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S.149 mit Anm. 419; Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (175 mit Anm.57); ders., Auskunftspflichten der daseinsvorsorgenden Verwaltungsbehörden, Diss. München, 1968, S.73 ff insbesondere zu behördlichen Informationspflichten, zum Begründungszwang und zur Rechtsmittelbelehrung. Vgl. auch die umfangreiche und beachtenswerte Bearbeitung von Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, der aus Art.19 IV GG ein "Verrechtlichungsgebot" ableitet, um das Verhältnis von Bürger und Staat einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können (S.18). Die Ableitung einer zwingenden Rechtsmittelbelehrung aus Art.19 IV GG wird hingegen durch die Rechtsprechung abgelehnt, vgl. BVerwG v. 21.9.1972, DVBl.1973, 313 f (314)m.w.N.. Ferner Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art.19 Abs.4 GG, 1973, der ausgehend vom Postulat der vollkommenen tatsächlichen und rechtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen (S.138) für eine prozessuale Lösung eintritt (S.139 f).

287) Lerche, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör, ZZP 78 (1965), S.1 ff (25 ff, 29); ebenso Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (175).

endeten Tatsachen, wie z.B. im Bebauungsrecht,²⁸⁸⁾ ist der Rechtsschutz, z.B. mit den vorbeugenden Klagen,²⁸⁹⁾ sensibler zu gestalten und zu verfeinern. Ansatz für einen Ausbau des Verwaltungsverfahrens ist hingegen nicht Art.19 IV GG, sondern allein Art.20 Abs.3 GG, denn wo ein gerichtlicher Rechtsschutz nicht zu verwirklichen ist, besteht für die Verwaltung eine gesteigerte Pflicht, in rechtsstaatlichen Formen zu handeln. Partizipationsformen können insofern der ausschließlich auf den gerichtlichen Rechtsschutz bezogenen Vorschrift des Art.19 Abs.4 GG nicht zugeordnet werden.

C) "Formale" Rechtsstaatselemente und Partizipation

I) Die Gesetzmäßigkeit der Überwachungsverwaltung und Anhörung

1) Verfassungsrechtliche Zuordnung der Anhörung

Obwohl das Grundrecht auf Gehör vor Gericht gemäß Art.103 Abs.1 GG für eine Anhörung des Betroffenen im Verwaltungsverfahren nichts hergibt,²⁹⁰⁾ ist die Anhörung des Betroffenen durch die Behörde nur noch in der Ausgestaltung, namentlich des Umfangs der Anhörung, umstritten.²⁹¹⁾ Die Anhörung ist im Grundsatz dort anerkannt, wo die Verwaltung in die Rechte des Bürgers eingreift oder seinen Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes ablehnt.²⁹²⁾ In die-

288) Vgl. die Nachweise bei Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (204 f); Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (260 m.z.N.).

289) Ihre Zulässigkeit wird nicht mehr in Zweifel gezogen, vgl. die zahlreichen Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung, oben S.10 f.

290) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.92 zu Art.103; ausführlich behandelt diese Frage Renkl, Anspruch, S.18 ff.

291) So ausdrücklich v.d.Groeben/Knack, LVerwG Schl-H, Anm.1 zu § 87; ablehnend soweit ersichtlich nur v.Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl., 1956, S.180.

292) So die Regelung in § 87 I LVerwG Schl-H und § 21 I EVwVerfG 1963.

sen Alternativen sind die beiden für die Überwachungsverwaltung typischen Fallkonstellationen enthalten: Entweder greift die Behörde durch Befehl und Zwang in die Rechtsstellung eines Betroffenen ein oder es wird diesem ein Antrag auf Tätigwerden, also ordnungsbehördliches Einschreiten abgelehnt. Die dogmatische Begründung der Anhörung ist allerdings nicht einheitlich.²⁹³⁾ Überwiegend wird das Rechtsstaatsprinzip herangezogen,²⁹⁴⁾ jedoch wird auch auf das Übermaßverbot,²⁹⁵⁾ die Menschenwürde²⁹⁶⁾ verwiesen, vereinzelt wird die Anhörung auch als gewohnheitsrechtlich legitimiert,²⁹⁷⁾ als ungeschriebener Grundsatz des Verwaltungsrechts²⁹⁸⁾ oder schlechthin als unverzichtbarer Bestandteil eines rechtlich geordneten Verfahrens angesehen.²⁹⁹⁾ Eine exakte Zuordnung wird zu beachten ha-

293) Vgl. die umfassende Zusammenstellung bei Renkl, Anspruch, S.29 ff.

294) Vgl. Begründung Musterentwurf 1963, S.123; v.d.Groeben/Knack, LVerwG, S.87 Anm.1 m.z.N.; Feneberg, DVBl. 1965, 177 ff (179); Forsthoff, VwR I, S.228; Haueisen, DVBl. 1962, 881 ff (882); Hamann, NJW 1956, 1940; F.Mayer, Verwaltungsrecht, S.69 f; ders., in: Ule-Mayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S.181 f; Menger, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, in: Festschrift für Bogs, S.89 ff (94); Kopp, Verfassungsrecht, S.31 m.z.N.; Spanner, DÖV 1958, 651 ff (652 f); ders., DVBl. 1964, 845 ff (847); aus der Rechtsprechung: StGH Ba-Wü v. 8.9.1972, DÖV 1973, 163 ff (168); BayVerfGH v. 30.11.1972, BayVBl. 1973, 71; BVerwG v. 1.10.1963, DVBl. 1965, 26 ff (28); v. 12.1.1967, MDR 1967, 519; BGH v. 28.9.1967, NJW 1968, 152 f; Bay VGH v. 6.9.1951, BayVGHE 4, 164 ff (173); Ba-WüVGH v. 4.3.1949, VerwRspr 2, 263 ff (267); v. 29.6.1965, NJW 1966, 365 ff (366); VGH Kassel v. 13.5.1956, NJW 1956, 194.

295) Lerche, ZZP 78 (1965), S.1 ff (10); König, DVBl. 1959, 189 ff (189 f).

296) Dürig, AÖR 81 (1956), S.117 ff (128); ders., in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.92 zu Art.103 I; Wintrich, BayVBl. 1957, 137 ff (139); A.Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6 ff (6).

297) Koehler, MDR 1964, 274 ff (274); kritisch zur Begründung aus dem Gewohnheitsrecht zu Recht, Renkl, Anspruch, S.23.

298) Menger, in: Festschrift für Bogs, 1967, S.94.

299) Forsthoff, VwR I, S.235; W.Jellinek, Verwaltungsrecht, 1948, S.290; so vor allem der BayVGH, vgl. v. 6.9.1951, BayVGHE NF 4, 164 ff (173).

ben, daß die Anhörung nicht nur Rechtsschutzfunktion hat,³⁰⁰⁾ sondern über die Sachaufklärung³⁰¹⁾ auch erhebliche Bedeutung für die Sach- und Rechtsrichtigkeit einer Entscheidung hat. Insofern dürfte eine Zuordnung der Anhörung zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung³⁰²⁾ die Bedeutung der Anhörung am treffendsten wiedergeben.

2) Kooperative Sachverhaltsermittlung durch Behörde und Betroffenen

a) Der Untersuchungsgrundsatz

Eine zutreffende Sachverhaltsermittlung ist für ein sachrichtiges und gerechtes Verwaltungshandeln von elementarer Bedeutung. Ohne sie ist weder eine zutreffende Anwendung der Rechtsbegriffe, noch eine sachgemäße Ermessensbetätigung denkbar.³⁰³⁾ Diesem Sachzusammenhang entspricht die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes für die Ermittlung des Sachverhalts³⁰⁴⁾ als Gebot der Gesetzmäßigkeit

300) Typisch dafür Ba-Wü VGH v. 10.6.1955, VerwRspr 8, 477 f, wo eine generelle Pflicht zur Anhörung des Betroffenen im Verwaltungsverfahren mit dem Hinweis auf den umfassenden und sofortigen Rechtsschutz abgelehnt wird.

301) H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV d 1 (S.286); Ule, Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des BVerwGs, DVB1.1963, 475 ff (477); in dieser Beziehung hatte die Hinzuziehung des Betroffenen schon Bedeutung in der Rechtsprechung des pr.OVG v. 18.6.1906; PrOVGE 49, 227 ff (229); v. 27.5.1907, PrOVGE 51, 284 ff (288 f); v. 3.10.1907, PrOVGE 51, 313 ff (315); VGH Kassel v. 13.5.1956, NJW 1956, 1940 f; OVG Münster v. 18.6.1958, OVGE 13, 310 ff (330); StGH Ba-Wü v. 8.9.1972, DÖV 1973, 163 ff (168).

302) Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, VerwArch.Bd.62 (1971), S.114 ff (128); ders., Verwaltungsreform, S.64; Ule-Becker, Verwaltungsverfahren, S.38 f.

303) Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (229, 232); Redeker, Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVB1.1971, 369 ff (372 f); ders., DÖV 1971, 757 ff (762); Spanner, DÖV 1952, 651 ff (656); Ule, Verwaltungsreform, S.69; ders., VerwArch Bd.62 (1971), S.114 ff (127); vgl. noch Georg Brunner, Kontrolle in Deutschland, 1972, S.245; BVerfG v. 13.2.1958, BVerfGE 7, 275 ff (278).

304) Vgl. H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV c 1 (S.284).

des Verwaltungshandelns.³⁰⁵⁾ Die vorhandenen oder geplanten normativen Regelungen³⁰⁶⁾ kodifizieren insofern nur eine allgemein anerkannte Rechtslage.

Bei ihren Ermittlungen kann sich die Behörde aller Beweismittel bedienen, die sie für erforderlich hält, insbesondere auch die Betroffenen heranziehen.³⁰⁷⁾ Damit soll die Mitwirkung des Betroffenen angeregt³⁰⁸⁾ und der vielfach zu beobachtenden Erscheinung entgegengewirkt werden, daß der Betroffene außer seinem Antrag nichts zur Entscheidung beiträgt.³⁰⁹⁾ Hält der Betroffene Informationen zurück, so muß er die Folgen tragen.³¹⁰⁾

In welchem Umfang die Behörde Ermittlungen anstellen muß, hängt entscheidend von der Intensität der Störung und der damit verbundenen Eilbedürftigkeit ab.³¹¹⁾ Die Entwicklung der Situation läßt sich aber gerade z.B. in den Fäl-

305) Begründung zu § 17 Musterentwurf VwVerfG 1963, S.118; Erbel, Unmöglichkeit, S.143; Feneberg, DVBl.1965, 177 ff (179); Ule, Verwaltungsreform, S.69; ders., VerwArch Bd.62 (1971), S.114 ff (127).

306) Vgl. §§ 17 Musterentwurf VwVerfG 1963, 83 LVwG Schl.-H., weitere Nachweise bei H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV c 1 (S.284).

307) H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV c 2 (S.284); F.Mayer, Verwaltungsrecht, S.67.

308) v.d.Groeben/Knack, LVerwG Schl.-H., § 84 Anm.6.

309) Haueisen, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, NJW 1966, 764 f (765).

310) Vgl. H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV c 2 (S.284); Redeker-v.Oertzen, VwGO, Rdnr.11 zu § 86 VwGO; im Hinblick auf den Verwaltungsprozeß OVG Lüneburg v. 15.9.1972, GewArch. 1973, 65 ff (67) mit zustimmender Anmerkung von Becker.

311) Eine Einschränkung des Umfangs der Untersuchung ist dann unvermeidbar, wenn die Prüfung der Standsicherheit eines Gebäudes längere Berechnungen erfordern würde, die sich aus der zweifelhaften Standsicherheit ergebenden Gefahren aber ein sofortiges Einschreiten erforderlich machen, vgl. OVG Münster v. 10.9.1970, VerwRspr 22 (1971), S.416 ff (418).

len der polizeilichen Anscheinsgefahr zumeist nur schwerlich übersehen. Hier sind den Ermittlungspflichten Grenzen gesetzt.³¹²⁾ Die Ermittlungen sollten jedoch zumindest stets in einem solchen Umfang geführt werden, daß die Behörde nicht etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt³¹³⁾ und dadurch die Effektivität des behördlichen Handelns vernachlässigt wird. Ob der Umfang der Untersuchungsverpflichtung so weit geht, daß die Behörde den Sachverhalt in einem Umfang aufklären muß, daß sie sagen kann, daß es "unwahrscheinlich sei, daß noch eine anderer weniger belastende Maßnahme in Frage kommt",³¹⁴⁾ wurde von der Rechtsprechung bislang abgelehnt.³¹⁵⁾ Der

312) Die vom pr.PVG v. 20.4.1922, proVGE 77, 333 ff (338) aufgestellten Grundsätze werden dazu noch immer anerkannt. Vgl. detailliert Hoffmann-Riem, "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, Festschrift Wacke, 1972, S.327 ff: Die Behörde muß ihr Urteil, ob ein Gefahren Eintritt wahrscheinlich ist, auf ein mehr oder minder geschlossenes System von Erfahrungen stützen, aaO, S.338 ff. Die Notwendigkeit einer Begrenzung der Ermittlungspflichten machen z.B. Ölunfälle deutlich, vgl. OVG Münster v. 22.1.1969, DVB1.1969, 594; Czychowski, Ordnungsbehördliche Maßnahmen nach Ölunfällen, DVB1.1970, 379 ff; vgl. auch den Salmonellenfall BVerwG v. 16.12.1971, BVerwGE 39, 190 ff (195 f) = NJW 1972, 458 ff (460) = DVB1.1972, 499 ff.

313) Diese Fälle sind gar nicht so selten, vgl. pr.OVG v. 11.4.1893, proVGE 24, 384 ff; v. 5.3.1931, proVGE 87, 456 ff; v. 20.12.1934, proVGE 95, 121 ff (123); OVG Münster v. 29.9.1953, OVGE 8, 29 ff (31); v. 9.1.1962, OVGE 17, 185 ff (187); OVG Hamburg v. 27.9.1956, DVB1.1957, 867 ff; VGH Kassel v. 20.3.1964, DVB1.1964, 690 (691); v. 25.6.1971, BauR 1972, 296 f; v. 21.9.1971, BauR 1972, 297 f; OVG Lüneburg v. 25.10.1956, OVGE 11, 360 ff (363); Bay VGH v. 10.11.1967, BayVB1.1968, 252; VG Stuttgart v. 6.4.1970, GewArch 1970, 237 f; VGH Mannheim v. 6.11.1968, VerwRspr 20 (1969), S.426 ff (430 f); BVerwG v. 28.4.1972, MDR 1972, 974 = BauR 1972, 298 f.

314) So die "Formel" von Erbel, Unmöglichkeit, S.148 f.

315) Nach BVerwG v. 29.9.1965, DÖV 1966, 249 umfaßt die Aufklärungspflicht der Behörde in der Regel nicht, ob anstelle des Erlasses einer Abbruchverfügung die Möglichkeit einer Abänderung in Betracht kommt.

Begründung dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen, denn die Verwaltung dürfte dabei regelmäßig überfordert sein und dem Betroffenen ist zuzumuten, hier ganz bestimmte Gegenvorschläge zu machen.³¹⁶⁾

b) Ergänzungsfunktion der Anhörung

Die Behörde vermag insofern nicht stets aus eigenen Kräften ihre Verpflichtung, die nachteiligen Folgen des Eingriffs möglichst gering zu halten,³¹⁷⁾ zu erfüllen. Sie ist aus diesem Grund auf den Betroffenen angewiesen, um eine dessen Interessen angemessene Feineinstellung ihres Handelns vornehmen zu können. Instrument dieser Einwirkung ist die Anhörung des Betroffenen. Die Bedeutung der Anhörung für die Sachaufklärung wird durch den Untersuchungsgrundsatz nicht relativiert, denn bei diesem ist die Verwaltung Herr des Verfahrens, sie bestimmt wie und in welchem Umfang aufgeklärt wird, während bei der Anhörung die Initiative beim Betroffenen liegt und diesem das subjektive Recht gibt, aktiv auf den Umfang der Sachaufklärung Einfluß zu nehmen. Untersuchungsgrundsatz und Anhörung stehen insoweit in einem Ergänzungsverhältnis bei der Aufklärung und Feststellung des Sachverhalts.³¹⁸⁾

Dies ist von besonderer Bedeutung für die in der Überwachungsverwaltung so typischen Ermessensentscheidungen.³¹⁹⁾ Der Verwaltung ist ein Ermessen eingeräumt, damit eine den Problemen des Einzelfalls gerecht werdende Lösung gefunden werden kann. Das erfordert natürlich zunächst einmal Kenntnis der Besonderheiten. Erst dann ist die Verwaltung in der Lage, die im Ermessen liegende Chance³²⁰⁾ zu

316) Für das Verwaltungsverfahren gilt wie für die Aufklärungspflicht des Gerichts, daß die Pflicht des staatlichen Organs zur Sachverhaltsaufklärung i.d.R. dort endet, wo die Mitwirkungspflicht der Betroffenen beginnt.

317) BGH v. 27.10.1955, BGHZ 18, 366 ff (368).

318) Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245 ff (252).

319) Sehr deutlich betont dies jüngstens die Entscheidung des OVG Bremen v. 4.6.1973, BauR 1973, 306 ff (308): Eine Ermessensentscheidung ist nur rechtmäßig, wenn sie auf der Grundlage eines vollständigen Sachverhalts getroffen ist.

nutzen und der Gefahr der Egalisierung der Besonderheiten des Lebens zu entinnen.³²¹⁾ Zu Recht wird deshalb die Anhörung als in der Regel unerläßliche Voraussetzung einer Ermessensentscheidung angesehen,³²²⁾ denn wie sonst als durch Anhörung der Betroffenen kann die Behörde feststellen, ob die Gefahr so gravierend ist, daß ein Einschreiten unerläßlich ist.³²³⁾ Erst auf der Basis einer mit Hilfe des Betroffenen gewonnenen zutreffenden und umfassenden Tatsachengrundlage kann die Behörde Maßnahmen treffen, die sowohl im Einzelinteresse als auch im Allgemeininteresse stehen und die insbesondere individuelle und das Gesetz konkretisierende Entscheidungen darstellen.³²⁴⁾

In dieser, für die Bestimmung individualisierter Handlungsmodalitäten der Verwaltung unentbehrlichen Informationsquelle, liegt der rechtsstaatliche Wert der Anhörung und ihre Beziehung zur Verwaltungsentscheidung. Das Gebot einer zwingenden Anhörung der Betroffenen ist aus dieser Bedeutung der Betroffenenanhörung für die Sachverhaltsfeststellung jedoch nicht herzuleiten. Eine Sollvorschrift im Sinne des § 21 Abs.1 EVwVerfG 1963 dürfte hier ausreichen. Die sich daraus ergebende zwingende Anhörung im Regelfall³²⁵⁾ gewährleistet gemeinsam mit dem Untersuchungsgrundsatz ein auch im rechtsstaatlichen Sinne ausreichendes Maß der Tatsachenermittlung.

Für die Ausgestaltung des Anhörungsrechts ergeben sich

320) K.Meyer, DÖV 1969, 162 ff (163).

321) Scheuner, Entwicklung, S.233 m.w.N..

322) BVerwG v. 1.10.1963, DVBl.1965, 26 ff (28); vgl. auch dazu BVerwG v. 29.5.1967, DVBl.1967, 917; v. 14.2.1969, BVerwGE 31, 263 ff (266) = DÖV 1969, 854 = BayVB1.1969, 245.

323) VG Schleswig v. 22.9.1971, GewArch 1971, 267 ff (268).

324) Ule, DVBl.1959, 537 ff (541); ders., DVBl.1963, 476 ff (476); Ule-Becker, Verwaltungsverfahren, S.39; König, DVBl.1959, 189 ff (190); Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.232; zumal bestimmte Bedürfnisse ohne Mitwirkung des Betroffenen gar nicht zu erkennen sind, so Dienel, Bürgerinitiative, S.18; auf die Bedeutung der Mitwirkung des Betroffenen weist das BVerfG, allerdings im Hinblick auf Art.103 I GG ständig hin, vgl. BVerfG v. 13.2.1958, BVerfGE 7, 275 ff (278); v.8.1.

keine Besonderheiten aus der spezifischen Beziehung zur Sachverhaltsaufklärung. Wie bereits oben³²⁶⁾ bei Art.1 Abs.1 GG näher ausgeführt, muß die Anhörung jedenfalls so zeitig vorgenommen werden, daß das Ergebnis der Anhörung noch für die Entscheidung verwertet werden kann und die der Anhörung vorausgehende Information muß in einem Zeitpunkt und mit einem Inhalt erfolgen, daß sie vom Anhörungsberechtigten noch bis zum Anhörungstermin zu einer eigenen Stellungnahme verarbeitet werden kann.³²⁷⁾

II) Übermaßverbot und Partizipation

1) Die verfassungsrechtliche Verortung des Übermaßverbotes

Die exakte verfassungsrechtliche Einordnung der Grundsätze des Übermaßverbotes ist noch nicht gelungen. Ein erneuter Versuch braucht hier aber nicht unternommen zu werden, denn gleichgültig, ob man den Sitz dieser Postulate in den Grundrechten³²⁸⁾ sieht oder speziell in Art.3 Abs.1 GG,³²⁹⁾ in Art.19 Abs.2 GG,³³⁰⁾ in der dirigierenden Verfassung³³¹⁾ oder auch ganz allgemein im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip,³³²⁾ auf jeden Fall handelt es sich beim Übermaßverbot um ein verfassungsrechtlich verankertes Element

noch 324) 1959, BVerfGE 9, 89 ff (95).

noch 325) Begründung, Musterentwurf VwVerfG 1963, S.124.

326) Vgl. oben S. 125 f.

327) StGH Ba-Wü v. 8.9.1972, DÖV 1973, 163 ff (168).

328) So hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.71 zu Art.20.

329) Wittig, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817 ff(824).

330) Dürig, AÖR 81 (1956), S.117 ff (146); ders., in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.32, 63 zu Art.2 I; Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.115 zu Art.20; V.Krauss, Grundsatz, S.47 ff; ebenso der BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. BGH v. 27.10.1955, NJW 1956, 57; v. 10.1.1963, DVBl.1963, 329 f; v. 5.7.1965, DVBl.1965, 908; v. 29.5.1967, DVBl.1967, 881; v. 13.3.1967, DÖV 1967, 565 ff (567 f).

331) So Lerche, Übermaß, S.58 ff, 61 ff, unter kritischer Auseinandersetzung mit den vertretenen Ansichten.

des Rechtsstaates, dessen Bedeutung als Mittel der Rechtsfindung und Rechtsanwendung unbestritten ist³³³⁾ und das für die Überwachungsverwaltung die bedeutsamste Rechtschranke darstellt.³³⁴⁾ Diese Schrankensetzung wurde bereits oben näher dargelegt, ohne jedoch infolge der Unbestimmtheit der Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit eine ausreichende Determination des Verwaltungshandelns feststellen zu können. Daß dies in der Regel nur dort möglich ist, wo der Betroffene selbst an der Maßbestimmung beteiligt ist, soll nunmehr aufgezeigt werden.

2) Der Grundsatz der Notwendigkeit

a) Die Geeignetheit als bloß technische Vorfrage der Notwendigkeit

Eine geeignete Maßnahme der Gefahrenabwehr beseitigt oder reduziert die Störung. Ist dies nicht der Fall, war die gefahrenabwehrende Handlung gar nicht notwendig. Die Notwendigkeit eines Handelns setzt insofern die Geeignetheit des Mittels in technischer Hinsicht voraus. Diese Abhängigkeit erlaubt, die Geeignetheit als ein Element der Er-

noch 332) Forsthoff, VwR I, S.70; Menger, Begriff, S.24 ff; Höppner, DVBl.1969, 723 ff (726); vor allem das BVerfG in ständiger Rechtsprechung vgl. BVerfG v. 10.5.1957, BVerfGE 6, 389 ff (439); v. 4.2.1959, BVerfGE 9, 167 ff (170); letzters v. 24.6.1969, BVerfGE 26, 228 ff (239); v. 14.11.1969, BVerfGE 27, 211 ff (219); v. 9.3.1971, BVerfGE 30, 250 ff (262 ff) = DOV 1971, 417 f; v. 23.3.1971, BVerfGE 30, 336 ff (351) = DVBl.1971, 611; v. 11.10.1972, BVerfGE 34, 71 ff (78 f) = NJW 1972, 2261 f = JZ 1972, 737 ff = DVBl.1972, 922 f; ebenso das BVerwG v. 16.12.1971, BVerwGE 39, 197 ff (201) = DVBl.1972, 499 ff (502); v. 17.1.1972, BVerwGE 39, 247 ff (251) = NJW 1972, 499 ff (502); v. 17.1.1972, BVerwGE 39, 247 ff (251) = NJW 1972, 784 ff.

333) Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1600); Hesse, Grundzüge, S.139, sieht hier mit Recht die Aufgabe der Herstellung praktischer Konkordanz.

334) Götz, Polizeirecht, S.70.

forderlichkeit anzusehen.³³⁵⁾

b) Die Schutzrichtung der Notwendigkeit

Das Prinzip der Notwendigkeit beschränkt die Befugnis der Überwachungsverwaltung auf den Einsatz des Mittels, das den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt³³⁶⁾ und entfaltet insofern in der Rechtssphäre des Betroffenen eine Schutzwirkung durch größtmögliche Schonung subjektiver Rechte.³³⁷⁾ In welchem Umfang der Grundsatz der Notwendigkeit jedoch tatsächlich die subjektiven Rechte schützt, hängt vor allem davon ab, wie das geringsteinschneidendste Mittel gefunden wird.

aa) Die objektiv-subjektive Bestimmung des Mittels

Eine rein objektive Bestimmung des geringsteinschneidendsten Mittels ist nur dann möglich, wenn sich mittels einer anerkannten Wertskala unter Berücksichtigung auch der erfolgsirrelevanten Nebenfolgen³³⁸⁾ eine Relation zwischen

335) So Lerche, Übermaß, S.19; Drews-Wacke, S.282; Ule-Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1965, S.57; v.Krauss, Grundsatz, S.68; BVerfG v. 7.4.1964, BVerfGE 17, 306 ff (314); vgl. auch § 5 Satz 1 hess SOG, wo die Notwendigkeit die Geeignetheit als selbstverständlich mitumfaßt.

336) Lerche, Übermaß, S.19; Götz, Polizeirecht, S.71; Morstein Marx, Einführung, S.221: Es wäre für die Verwaltung eine Regel der Vernunft, sofern es nicht bereits eine Regel des Rechts wäre, das mildeste Mittel zu wählen. OVG Münster v. 22.11.1971, DVB1.1972, 508 ff (509); ferner gebietet das Prinzip der Erforderlichkeit die Beschränkung der behördlichen Maßnahme auf das zeitliche Mindestmaß, vgl. OVG Lüneburg v. 29.9.1955, OVGE 10, 341 ff (350) und Motivation aus gefahrenabwehrenden Zielen, vgl. pr.OVG v. 21.9.1903, prOVGE 44, 342 ff (343 f); v. 25.4.1940, prOVGE 105, 144 ff (147).

337) Lohmann, Zweckmäßigkeit, S.27; auch im Hinblick auf die Allgemeinheit ist hier nicht etwa der Fiskus Schutzobjekt des Prinzips der Erforderlichkeit, vgl. Lohmann, aaO, S.28, sondern die subjektiven Rechte der Bürger in ihrer Gesamtheit, Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.57 f.

338) Gentz, NJW 1968, 1600 ff (1604).

dem Handlungserfolg und dem eingesetzten Mittel herstellen läßt, die vergleichbare Ergebnisse liefert. Dies ist aus mehreren Gründen nicht realisierbar. Zunächst fehlt es an allgemein anerkannten Wertvorstellungen in unserer pluralistischen Gesellschaft.³³⁹⁾ Ferner ist es nicht möglich, gleichsam hypothetisch, alle unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen einer Maßnahme vorausszuschauen und zu würdigen.³⁴⁰⁾ Letztlich ist nicht ersichtlich, wie dieser Weg zu einer größtmöglichen Schonung der subjektiven Rechte des Einzelnen und der Allgemeinheit führen soll. Hingegen ist auch der entgegengesetzte Weg der subjektiven Bestimmung des Mittels durch den Betroffenen nicht denkbar, da eine gefahrenabwehrende Tätigkeit des Staates unter solchen Bedingungen unmöglich wäre. Jedoch ist die Behörde an die Wertungen des Betroffenen gebunden, denn allein dem Betroffenen obliegt es, zu bestimmen, ob dieses oder jenes Mittel für ihn mehr oder weniger einschneidend ist. Ziel des behördlichen Handelns ist eben nur die Beseitigung der Störung, nicht aber der Einsatz eines bestimmten Mittels.³⁴¹⁾

Die Bestimmung des geringsteinschneidendsten Mittels hat insofern aus der Sicht des Betroffenen zu erfolgen.³⁴²⁾ Positivrechtlich hat dieser Gedanke Niederschlag in der polizeirechtlichen Abwendungsbefugnis des Betroffenen gefunden.³⁴³⁾ Durch die Möglichkeit, der Behörde ein bestimmtes Mittel zur Gefahrenabwehr anzubieten, an das die Behörde bei Eignung gebunden³⁴⁴⁾ ist, wird die Mittelwahl zu einer kooperativ vorzunehmenden Aufgabe mit objektiv-subjektivem Inhalt.

339) Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.73 zu Art.20.

340) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (275); vgl. auch Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.55, der darauf verweist, daß es keinen Maßstab gibt, an dem man die Notwendigkeit ablesen kann.

341) Drews-Wacke, S.287.

342) v.Krauss, Grundsatz, S.15; Schmatz, Opportunitätsprinzip, S.55; ähnlich Wellhöfer, Übermaß, S.15; sehr deutlich in diesem Sinne BVerwG v. 22.11.1968, BVerwGE 31, 81 ff (85) = DOV 1969, 505.

bb) Die Dimension der Abwendungsbefugnis

Die in der Abwendungsbefugnis liegende Option des Betroffenen hinsichtlich des Mittels hat zunächst einmal nicht dadurch an Bedeutung eingebüßt, daß das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs nunmehr in den meisten neueren Polizei- und Ordnungsgesetzen positiv geregelt ist.³⁴⁵⁾ Der Behörde ist es eben in aller Regel³⁴⁶⁾ nicht möglich, darüber zu befinden, welches Mittel für den Betroffenen das geringsteinschneidendste ist. Für den Betroffenen kann auch ein unverhältnismäßiges Mittel, das die Behörde von sich aus nicht zur Anwendung bringen dürfte, subjektiv nur geringfügig belastend sein.³⁴⁷⁾ Die Behörde darf sich in diesen Fällen nicht zum Interessenwahrer³⁴⁸⁾ des Be-

noch 343) Vgl. §§ 41 II 3 prPVG; 36 II brPG; 4 III hmb SOG; 8 Satz 2 hess SOG; 30 II 3 nds SOG; 21 Satz 1 nrw OBG; 49 II rhpf PVG.

noch 344) Plastisch spricht Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (247) von der Abwendungsbefugnis als "konstruktivem Veto".

345) Art.8 I bay PAG; §§ 5 I ba wü PG; 3 Satz 1 br PG; 4 II hmb SOG; 5 Satz 1 hess SOG; 2 Satz 1 rhpf PVG; 15 Satz 2 nrw OBG.

346) Anders ist es allerdings beim Verhältnis der Zwangsmittel zueinander. Hier kann sich der Betroffene nicht darauf berufen, daß der unmittelbare Zwang ihn weniger beeinträchtigt als eine Ersatzzwangshaft, so aber OVG Berlin v. 8.2.1965, JR 1965, 436; denn im Hinblick auf die durch Art.1 GG gewährleistete Unantastbarkeit der Menschenwürde bedeutet der Ausschluß der freien Willensentschließung durch den unmittelbaren Zwang den stärkeren Eingriff, so OVG Bremen v. 15.12.1971, DÖV 1972, 391 f.

347) Götz, Polizeirecht, S.72; v.Krauss, Grundsatz, S.68; OVG Münster, v. 29.12.1961, DÖV 1962, 617.

348) So darf die Behörde z.B. auch nicht die Bauerlaubnis versagen, wenn der Nutzen des Umbaus in keinem Verhältnis zum finanziellen Gewinn steht, Ba-Wü VGH v. 31.3.1952, VerwRspr 5 (1953), 86 ff (92 f); OVG Münster v. 29.12.1961, DÖV 1962, 617.

troffenen machen, da sie diese nur unzureichend kennt und auch deshalb die Entscheidungen des Betroffenen für die Verwaltung oftmals unverständlich bleiben.³⁴⁹⁾ Daher ist es auch unrichtig, die positive Regelung der Abwendungsbefugnis deshalb für entbehrlich zu halten, weil schon die Behörde selbst das mildeste Mittel zu wählen hat,³⁵⁰⁾ denn das objektiv mildeste ist nicht auch stets das subjektiv mildeste Mittel. Die Nennung eines bestimmten Mittels in einer Ordnungsverfügung ist demnach nichts anderes als ein Vorschlag der Behörde,³⁵¹⁾ dem der Betroffene durch das Unterbreiten eines Gegenvorschlages seine rechtliche Verbindlichkeit nehmen kann. Die Abwendungsbeugnis wird so in der Hand des Betroffenen zu einem das Verwaltungshandeln steuernden Regulativrecht. Die eminente Bedeutung der Abwendungsbefugnis als eine für die Überwachungsverwaltung spezifische Partizipationsmodalität muß durch eine Ausweitung des Geltungsbereichs und eine stärkere verfahrensrechtliche Absicherung deutlich gemacht werden.

Zunächst muß die Abwendungsbefugnis wegen ihres untrennbaren Zusammenhangs mit dem Prinzip der Erforderlichkeit im gesamten Bereich der Überwachungsverwaltung gelten.³⁵²⁾

349) So wie für den einen Betroffenen der Abbruch eines Hauses weniger belastend wirkt als eine Reparatur, pr.OVG v. 11.1.1923, pr. OVGE 78, 413 ff (416), kann es in einem ähnlichen Fall für den dort Betroffenen gerade umgekehrt sein, vgl. VGH Kassel v. 24.10.1952, VerwRspr Bd.5 (1953), 447 ff (453); vgl. auch BVerwG v. 22.11.1968, BVerwGE 31, 81 ff (86): Enteignung weniger belastend als eine Grunddienstbarkeit, ferner noch BVerwG v. 10.8.1955, BVerwGE 2, 192 f (193); OVG Lüneburg v. 29.9.1955, OVGE 10, 341 ff (347 f).

350) In diesem Sinne allerdings Drews-Wacke, S.287; auch v.d.Groeben-Knack, LVwG Schl-H, § 73 Anm.5, 3 erkennen dieses Problem nicht.

351) Forsthoff, VwR I, S.249 m.w.N..

352) Forsthoff, VwR I, S.249; auch Lerche, Übermaß, S.194 f hält die Abwendungsbefugnis im Hinblick auf den Zusammenhang mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit in der derzeitigen Form für unzureichend.

Zum anderen ist ihre überragende Bedeutung für die Feststellung der individuellen Bewertung der vom Eingriff betroffenen Rechtsgüter durch den Adressaten des Verwaltungshandelns dadurch herauszustellen, daß der Vorschlagscharakter des behördlicherseits vorgesehenen Mittels insofern betont wird, als jede schriftliche Verfügung der Überwachungsverwaltung den Hinweis auf die Abwendungsbefugnis enthalten muß.³⁵³⁾

3) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

a) Die Schutzrichtung der Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit als oberste Leitnorm für die Wahl der Modalitäten polizeilichen Handelns³⁵⁴⁾ ist das wichtigste Steuerungsmoment des Verwaltungshandelns überhaupt. Der Einzugsbereich ist bei der Verhältnismäßigkeit weiter als beim Grundsatz der Notwendigkeit und umfaßt nicht nur die Relation von Zweck und Mittel im Individualbereich, sondern dient darüberhinaus dem Schutz von Gemeinschaftsgütern und der Wahrung öffentlicher Interessen.³⁵⁵⁾ Die gesamte Komplexität behördlicher Gefahrenabwehr ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu verarbeiten, da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dann verletzt ist, wenn die für die Gefahrenabwehr als solche überflüssigen Folgeerscheinungen und Nebenwirkungen des Mittels für den Betroffenen und die Allgemeinheit in offenbarem krassen Widerspruch zu dem zu erzielenden Erfolg stehen.³⁵⁶⁾ Die

353) Dies dient auch der Rechtsklarheit; weil einerseits jede Verfügung rechtswidrig ist, die ausdrücklich oder stillschweigend die Anwendung eines anderen Mittels ausschließt, so OVG Lüneburg v. 25.10.1956, DVBl. 1957, 275 ff (277) mit Anm. Bender S. 278 ff, andererseits jede Verfügung beim Fehlen dieses Hinweises als mit dem Hinweis versehen anzusehen ist, so Drews-Wacke, S. 288.

354) Denninger, Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, 145 ff (146); Götz, Polizeirecht, S. 74; Dietel, DVBl. 1969, 569 ff (575).

355) König, Sicherheits- und Polizeirecht, 1962, Art. 8 FAG, Anm. II 2 c (S. 324); OVG Münster v. 19.10.1954, VerwRspr Bd. 8 (1956), S. 212 f; Auch fiskalische Interessen sind

hier zu bewältigende Aufgabe einer bewertenden Abwägung der auf Seiten des Einzelnen und der Allgemeinheit auftretenden Nebenerscheinungen technischer, soziologischer, politischer und wirtschaftlicher Art wird auch dadurch nicht entscheidend erleichtert, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur bei krassem Mißverhältnis verletzt ist.

b) Maßstab der Abwägung

Die Abwägung solch heterogener Aspekte wie die genannten erforderte einen Wertmesser von wahrhaft universellem Ausmaß, auf den man jedoch nicht zurückgreifen kann, weil es ihn nicht gibt. Die in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Formen zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit durch Abwägung von Vor- und Nachteilen,³⁵⁷⁾ der beteiligten Interessen,³⁵⁸⁾ von Schaden und Erfolg³⁵⁹⁾ und Angriff und Abwehr helfen nicht weiter, weil auch sie keine Klarheit darüber vermitteln, nach welchem Maßstab die Abwägung vorgenommen³⁶⁰⁾ werden soll. Hier führt mög-

noch 355) dabei zu berücksichtigen, vgl. zu fiskalischen Interessen als öffentliche Interessen, P.Häberle, "Gemeinwohlsjudikatur" und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), S.86 ff, 260 ff (275 ff); ders., Interesse, S.512 ff.

356) OVG Lüneburg v. 29.9.1955, OVGE 10, 341 ff (349 f); aus der Rspr. des BVerfGs vgl.: BVerfG v.11.6.1958, BVerfGE 7, 377 ff (466 f); v. 8.1.1959, BVerfGE 9, 89 ff (98); v. 3.5.1966, BVerfGE 20, 45 ff (49 f); BVerwG v. 20.3.1970, DVBl.1970, 507 f; v.16.12.1971, BVerfGE 39, 190 ff (195 f); aus der Literatur nur H.J.Wolff, VwR I, § 30 II b 1 (S.170) und Götz, Polizeirecht, S.74 jeweils mit weiteren Nachweisen.

357) Drews-Wacke, S.170; v.Krauss, Grundsatz, S.14; BVerfG v.21.2.1962, BVerfGE 14, 19 ff (23); v.22.5.1963, BVerfGE 16, 147 ff (181, 187 f); OVG Münster, v.22.11.1971, DVBl.1972, 508 ff (509).

358) Rietdorf, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der ordnungsbehörden, 1957, S.98.

359) Ule, Streik, S.77.

360) Vgl. dazu Wellhöfer, Übermaß, S.28 ff; Denninger, JZ 1970, 145 ff (146); Redeker, DVBl.1971, 369 ff (373); ders., DÖV 1971, 757 ff (762).

licherweise die Überlegung weiter, daß die mit jeder Handlung der Überwachungsverwaltung verbundenen Grundrechtseingriffe³⁶¹⁾ nur im öffentlichen Interesse zulässig sind. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit kann also mit einer Gegenüberstellung von Nutzen für den Staat und Schaden für den beschwerten Bürger zu brauchbaren Ergebnissen führen.

c) Das Verhältnis von öffentlichen Interessen und Individualinteressen

Das Abwägungsgebot zwischen privaten und öffentlichen Interessen verlangt zunächst einmal, daß die Verwaltung die für ihre Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Grundlagen verarbeitet.³⁶²⁾ Ob im Einzelfall dem Gemeinwohl der Vorrang vor dem Individualinteresse gebührt, ergibt sich oftmals bereits aus den tatsächlichen Umständen. Die öffentlichen Interessen haben keinen uneingeschränkten Vorrang vor den privaten Interessen³⁶³⁾ und fehlt ein öffentliches Interesse, so sind belastende Maßnahmen überhaupt unzulässig.³⁶⁴⁾ Die Notwendigkeit der Kenntnis aller Umstände zur Vornahme der Abwägung der Interessen erfordert bei belastenden Maßnahmen der Überwachungsverwaltung zwingend eine Anhörung des Betroffenen.³⁶⁵⁾ Nur mittels einer

361) Ein Eingriff idS liegt auch dann vor, wenn ein Antrag auf polizeiliches Einschreiten abgelehnt wird.

362) Redeker, DVBl.1971, 369 ff (372 f).

363) P.Häberle, AöR 95 (1970), S.86 ff, 260 ff (97 f, 107ff); Hans-Günther König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, S.287 f.

364) VGH Mannheim v. 5.8.1971, VerwRspr Bd.23 (1972), S. 829 ff (832); vgl. auch BVerwG v.16.12.1971, BVerwGE 39, 190 ff (195 f) = NJW 1972, 458 ff (460); BVerfG v. 20.7.1954, BVerfGE 4, 7 ff (19); v. 11.6.1958, BVerfGE 7, 377 ff (405 ff).

365) So vor allem König, DVBl.1959, 189 ff (190 f); ähnlich auch Lerche, Übermaß, S.195 m.w.N.; diesen Gedanken trägt die Regelung der Anhörung im nichtförmlichen Verfahren Rechnung, vgl. § 24 Entwurf VwVfG 1973, die den Bedürfnissen sowohl des Bürgers als auch der Verwaltung gerecht wird.

Anhörung kann die Behörde feststellen, welche Interessen³⁶⁶⁾ und mit welcher Intensität³⁶⁷⁾ sie berührt werden könnten und ein zutreffendes "Messen und Wägen"³⁶⁸⁾ vornehmen. Aufgrund der durch eine zwingende Anhörung des Betroffenen gewonnenen Interessenerkenntnis kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine freiheitsschützende Kraft³⁶⁹⁾ durch individualorientiertes Verwaltungshandeln entfalten.

III) Der Grundsatz der Berechenbarkeit staatlicher Machtausübung

Der Grundsatz der Berechenbarkeit staatlicher Machtausübungen als weiteres Element des Rechtsstaatsprinzips³⁷⁰⁾

366) Vgl. insbesondere H.J. Wolff, VwR III, § 156 IV 1 (S.286): Die Anhörung ist deshalb geboten, weil die Behörde für eine sachgerechte Entscheidung die auf dem Spiele stehenden Interessen kennen und bewerten muß, diese aber stets von den Kenntnissen, Interessen und Wertungen der Beteiligten abhängen; ebenso VGK Kassel v.13.5.1956, NJW 1956, 1940 f (1940); BGH v.13.3.1967, DVBl.1967, 657; ferner König, DVBl. 1959, 189 ff (190), der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Gebot des gemeinsamen Summierens der abzuwägenden Gegebenheiten ableitet.

367) Die Eingriffe in die Sphäre von Privatpersonen sind in den Grenzen des Unumgänglichen zu halten, BGH v. 27.10.1955, BGHZ 18, 366 ff (368 m.w.N.), deshalb hat z.B. die Straßenbaubehörde auch vor Beginn größerer Straßenbauarbeiten die betroffenen Anlieger anzuhören, um zu prüfen, ob bei drohender Existenzvernichtung nicht durch Einsatz von mehr öffentlichen Mitteln die Arbeiten anders ausgeführt werden können.

368) König, DVBl.1959, 189 ff (190).

369) Zur freiheitsschützenden Kraft der Verhältnismäßigkeit vgl. Dürig, AöR 81 (1956), S.117 ff (146); Wittig, DÖV 1968, 817 ff (821); Lerche, Übermaß, S.81; v.Krauss, Grundsatz, S.29, 37.

370) So ständig das BVerfG vgl. v.1.7.1953, BVerfGE 2, 380 ff (403); v.18.12.1953, BVerfGE 3, 225 ff (237); v. 24.7.1957, BVerfGE 7, 89 ff (92); v.12.12.1957, BVerfGE 7, 194 ff (196); v.14.3.1963, BVerfGE 15, 313 ff (319); v.12.11.1958, BVerfGE 8, 274 ff (325); v.12.1.1967, BVerfGE 21, 73 ff (79 f); BVerwG v. 9. 5.1960, BVerwGE 10, 288; v.29.9.1960, BVerwGE 11, 136 ff (137).

gebietet nicht nur ein unabdingbares Maß an Vorausberechenbarkeit und Meßbarkeit an Hand der formellen Gesetze,³⁷¹⁾ sondern überhaupt die Vorausberechenbarkeit und Meßbarkeit aller staatlichen Einwirkungen auf den Einzelnen.³⁷²⁾ Angesichts des Umstandes, daß niemand mehr den unsere Rechtsordnung ausmachenden und über den Begriff der öffentlichen Sicherheit von den Überwachungsbehörden zu schützenden³⁷³⁾ Bestand an staatlichen Normen übersehen kann,³⁷⁴⁾ gebietet die Vorausberechenbarkeit und Meßbarkeit den Überwachungsbehörden weitgehende Informationspflichten.³⁷⁵⁾ Mit der Information wird dem Betroffenen nicht nur die von der Verwaltung geplante Maßnahme kundgetan, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich auf den staatlichen Akt einzustellen.³⁷⁶⁾ Für den Bereich der Überwachungsverwaltung ist bedeutsamer, daß dem Einzelnen

371) So Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.86 zu Art. 20.

372) Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S.182; Lerche, Übermaß, S.58; Ule, DVBl.1963, 476 ff (479); Kopp, Verfassungsrecht, S.131 f; Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (177).

373) Die h.L. sieht vom Begriff der öffentlichen Ordnung die gesamte Rechtsordnung als geschützt, vgl. nur H.J.Wolff, VwR III, § 125 II a 1 (S.48); Drews-Wacke, S.73 f.

374) Simitis, Informationskrise des Rechts, 1970, S.48 ff, 51; der Umfang nimmt hier schon apokalyptische Ausmaße an: So umfaßt allein das Landesrecht Nordrhein-Westfalen 7 Hefter (!); in Bund und Ländern ergehen jährlich rd. 6000 neue Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften und in mehreren hundert Zeitschriften werden jährlich ca. 20.000 Gerichtsentscheidungen veröffentlicht aus einer Gesamtzahl von über einer Million. Bayerl, Mehr Information im Recht - auch für die Gemeinden, Der Städtetag 1972, 538 f (538); vgl. auch H.Schäfer, Moderne Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DVBl.1972, 405 ff (409).

375) Vgl. dazu sehr detailliert, Krieger, Recht, S.177 ff.

376) Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (176); wobei die Informationen abnehmerspezifisch ergehen müssen, also seine intellektuellen Fähigkeiten zum Problemverständnis zu berücksichtigen haben, vgl. Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (155 f, 166 f).

noch eine Chance eingeräumt wird, das von ihm verlangte Tun freiwillig zu erfüllen.³⁷⁷⁾ Die Information des Betroffenen durch die Verwaltung bevor die Verwaltung eine verbindliche Regelung trifft, ist insoweit für die Verwaltung ebenso wie z.B. Warnungen vor Verkehrsstörungen und Beratung³⁷⁸⁾ ein sensibles Instrument der Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge.

Soweit versucht wird, aus dem Grundsatz der Berechenbarkeit Anhörungsrechte oder gar Ansprüche auf Rechtsgespräche herzuleiten,³⁷⁹⁾ wird die Zielrichtung dieses Elements des Rechtsstaatsgedankens verkannt. Intention dieses Grundsatzes ist allein die Inkenntnissetzung des Bürgers durch die Verwaltung, nicht aber der Verwaltung durch den Bürger. Der Informationsfluß ist dabei von der Verwaltung auf den Bürger gerichtet und die damit angesprochene Thematik fällt mehr in den Bereich der behördlichen Betreuung des Bürgers durch die Verwaltung.³⁸⁰⁾ Soweit sich der Bürger aufgrund der Mitteilung an die Verwaltung wendet, um nähere Aufschlüsse zu erhalten oder um zu den tatsächlichen Gegebenheiten Stellung zu nehmen, handelt es sich schließlich um Einflußnahmen, die dem Bürger im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens immer möglich sind und von ihm

377) König, DVBl.1959, 189 ff (190).

378) Vgl. hierzu H.J.Wolff, VwR III, § 125 III b 1 (S.53); Die Grenze für solches Handeln ist nur die gesetzliche Aufgabenbestimmung der Gefahrenabwehr; hier könnte auch die Veröffentlichung von Musterfällen in Frage kommen, vgl. Mängel, S.41 für gerichtliche Musterprozesse; zur übergreifenden Bedeutung von Begründungen vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S.138 f oder auch die Veröffentlichung von allgemeinen Verhaltens- und Instruktionspapieren, vgl. hier die Reihe "Die Justiz informiert" des hessischen Justizministers.

379) Kopp, Verfassungsrecht, S.135.

380) Vgl. oben S.51 ; nach Laubinger, Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, Gedanken zur behördlichen Betreuungspflicht, in: Demokratie und Verwaltung, S.439 ff (450 f, 456) dürfte eine allgemeine Betreuungspflicht eher aus dem Sozialstaatsgedanken herzuleiten sein.

geradezu erwünscht werden.³⁸¹⁾ Rechtlich leiten diese Rückfragen des Bürgers insofern bereits über in Tatsachenermittlung durch die Behörde und Anhörung des Betroffenen.

D) Rechtsstaatliche Partizipationsbegrenzungen

Angesichts der vielfachen Informationsverpflichtungen der Behörde und der Anhörungs- und Optionsrechte des Betroffenen könnte man meinen, daß die Überwachungsverwaltung ihre ureigensten Aufgaben der Gefahrenabwehr zwangsläufig vernachlässigen muß. Für die konkrete Regelung sind jedoch weniger diese breiten positiven Partizipationsaussagen entscheidend, die mehr den Charakter von Maximalansprüchen tragen, als die Partizipationsbegrenzungen. Die Verfassung und damit auch das Rechtsstaatsprinzip ist eben vor allem schrankensetzendes Recht und liefert im negativen, ausgrenzenden Bereich exaktere Ergebnisse.³⁸²⁾ Rechtsstaatsverwirklichendes Handeln ist ein Kompromiß zwischen rechtsstaatlichen Wünschen und Erfordernissen, insofern können aber auch rechtsstaatliche Partizipationen nur durch rechtsstaatlich legitimierte Rechte und Notwendigkeiten eingeschränkt werden.³⁸³⁾

I) Die Eilbedürftigkeit der Gefahrenabwehr

Die Tätigkeit der Überwachungsverwaltung ist in hohem Maße durch große Eilbedürftigkeit der Maßnahmen gekennzeichnet.³⁸⁴⁾ Hier ist ein Verzicht auf rechtsstaatliche

381) Siehe oben S.141 ff.

382) Geiger, Das Demokratieverständnis des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, S.229 ff (231).

383) Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (175); ebenso im Hinblick auf die behördliche Auskunft, Krieger, Recht, S.82; deshalb ist es aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich, wenn Luhmann, Verfahren, S.213 f den Umfang der Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren mit den Kosten ihrer Beschaffung gegenrechnen will, kritisch dazu auch Ule, VerwArch Bd.62 (1971), S.114 ff (126ff); vgl. auch Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (532).

Teilhabe von Betroffenen dann verfassungsrechtlich geboten, wenn der Zweck der Maßnahme durch eine Betroffenenbeteiligung in Frage gestellt werden würde.³⁸⁵⁾ Dies gilt im besonderen Maße für Haftbefehle, Beschlagnahmen, Durchsuchungen und vorläufige Maßnahmen.³⁸⁶⁾ Die verfassungsrechtliche Legitimation ergibt sich hier aus der Verpflichtung des Staates, Angriffe auf die innere Sicherheit und den Bestand des Staates abzuwehren bzw. aus der Verpflichtung der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gegen Rechtsbeeinträchtigungen seitens Dritter. Soweit hingegen die Behörden eilige, spezifisch gefahrenabwehrende Tätigkeiten, die die Durchführung der vorgesehenen Partizipationen ausschließen, ist die verfassungsrechtliche Legitimation aus Art.104 Abs.2 GG zu entnehmen.³⁸⁷⁾ Die dort von Verfassungswegen zugelassene Freiheitsentziehung durch die Polizei,³⁸⁸⁾ rechtfertigt auch den im Verzicht auf die Partizipation liegenden geringeren Eingriff.³⁸⁹⁾

384) Dies gilt auch nicht nur ausschließlich für den Außenbeamten, der als "Einzelkämpfer" seine Entscheidungen ad hoc treffen muß und deren Bedeutung gerade deshalb nicht zu unterschätzen ist, weil eine aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gemäß § 80 Abs.2 VwGO ausgeschlossen ist.

385) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.94 zu Art.103 I; ders., AöR 81, (1956), S.117 ff (129); Ule, Verwaltungsreform, S.65; Fellner, VerwArch Bd.48 (1957), S.95 ff (103); König, DVBl.1959, 189 ff (192); Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, Rdnr.104 zu § 35.

386) In diesem Sinne ständig das BVerfG v.9.1.1959, BVerfGE 9, 89 ff (98); v.9.3.1965, BVerfGE 18, 399 ff (404); v.14.10.1969, BVerfGE 27, 88 ff (103) = DÖV 1970, 53.

387) Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff (175).

388) In Art. 104 II GG ist die Polizei im funktionellen Sinne zu verstehen, dieser Polizeibegriff umfaßt also auch die Überwachungsbehörden im hier gebrauchten Sinne, vgl. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.40 zu Art.104.

389) Vgl. dazu § 21 II Ziff.1 Musterentwurf VwVerfG 1963 und Begründung, S.125; Die wegen der Eilbedürftigkeit zunächst unterbliebene Partizipation ist aber nachzuholen, sobald es der Zweck der Maßnahme zuläßt, um der Verwaltung noch im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zur möglicherweise notwendigen Korrektur zu geben, vgl. dazu Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (291 m.w.N.); BVerwG v.10.3.1971, NJW 1971, 1762 ff (1763).

II) Das Geheimhaltungsbedürfnis der Verwaltung

Die Geheimhaltung von Verwaltungsmaßnahmen aus Staatsschutzgründen ist verfassungsrechtlich durch Art.10 Abs.2 GG ausdrücklich abgesichert. Wenn auch dieser Vorschrift keine übergreifende Bedeutung dergestalt zukommt, daß daraus eine allgemeine Geheimhaltungsbedürftigkeit aller Verwaltungsmaßnahmen abgeleitet werden kann, so liegt der Regelung doch das allgemeine Prinzip zugrunde, daß gegenüber privaten Partizipationsrechten das Interesse am Wohl des Gemeinwesens vorrangig ist.³⁹⁰⁾ Eine Konkretisierung dieses Grundsatzes ist die Vorschrift des Art.104 Abs.2 GG, die der Geheimhaltungsbedürftigkeit wie auch der Eilbedürftigkeit dann einen Vorrang vor den Teilhaberechten einräumt, wenn der mit der Maßnahme verfolgte Zweck sonst in Frage gestellt würde.³⁹¹⁾ Die Erkenntnis, daß rechtsstaatlich gebotene Beteiligung nur dann eingeschränkt werden darf, wenn der Grund der Beschränkung ebenfalls verfassungsrechtlich legitimiert ist, muß sich auch auf die Regelung des Akteneinsichtsrechts auswirken.³⁹²⁾ Hierbei ist insbesondere die Regelung der Akteneinsicht in § 22 EVwVerfG 1963³⁹³⁾ einer kritischen Würdigung zu un-

390) Nicht aber ist generell das öffentliche dem privaten Interesse vorrangig, vgl. Düwel, Amtsgeheimnis, S.166.

391) Wie oben Seite 156.

392) Zwar ist die Akteneinsicht keine eigenständige Partizipationsmodalität, jedoch ist sie als Informationsquelle den aktiven Teilhaberechten wesensmäßig zugeordnet.

393) Die die h.L. wiedergibt, vgl. H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV e 1 (S.287 f); Begründung Musterentwurf VwVerfG 1963, S.75, 126 f m.w.N.; Evermann-Fröhler, VwGO, 5.Aufl., § 100 Rdnr.7; Haueisen, NJW 1967, 2291 ff (2293); Kratzer, BayVBl.1965, 15 ff; BVerwG v. 30.6.1961, DÖV 1961, 827; OVG Münster v.18.11.1958, DÖV 1959, 391; VGH Kassel v.23.7.1964, JZ 1965, 319; vgl. ferner allgemein H.Jung, Akteneinsichts- und Informationsrechte des Bürgers, Diss., Berlin 1970; Förster, Wann darf die Verwaltungsbehörde Akteneinsicht verweigern? Staats- und Kommunalverwaltung 1970, 10 f; Merkel, Das Recht auf Akteneinsicht bei Verwaltungsbehörden, Diss., Heidelberg 1972; Schröder, Staatstheoretische Aspekte einer Aktenöffentlichkeit im Verwaltungsbereich, Die Verwaltung 1971, 301 ff.

terziehen, da sie die Gewährung der Akteneinsicht ins Ermessen der Behörde stellt, soweit nicht Rechtsvorschriften dieses Recht ausdrücklich einräumen.³⁹⁴⁾ Die von der h.L. vorrangig genannte Begründung, daß eine Regelung der Akteneinsicht unter Nennung der Ausnahmegründe technisch nicht möglich ist,³⁹⁵⁾ überzeugt im Hinblick auf die in § 99 Abs.1 VwGO gefundene Lösung nicht.³⁹⁶⁾ Zwar enthält die Regelung des § 99 VwGO die Schwierigkeit der Bestimmung, welche Akten ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen,³⁹⁷⁾ jedoch läßt sich dieses Problem prinzipiell durch eine Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen lösen. Eine in der Überwachungsverwaltung grundsätzlich ins Ermessen der Behörde gestellte Gewährung der Akteneinsicht trägt weder dem Informationsbedürfnis des Betroffenen noch dem Umstand Rechnung, daß oftmals

394) Volles bzw. eingeschränktes Akteneinsichtsrecht besteht in weiten Teilen der Leistungsverwaltung, vgl. zur Kriegsofperversorgung: § 35 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der KOV v.2.5.1955 idF v.27.6.1960, BGBl.I, S.453; Wiedergutmachung: § 193 BEG; Rentenversicherung: § 1631 II RVO; Unfallversicherung: § 1591 RVO; vgl. ferner §§ 53 IV, 69 II, 90 BBG; 56 BRRG; 13 Musterungs-VO; 75 BBauG.

395) So insbesondere die Begründung zu § 22 Musterentwurf VwVerfG 1963, S.127.

396) Die Ermessensregelung wird deshalb von gewichtigen Stimmen abgelehnt, vgl. Düwel, Amtsgeheimnis, S.239 f; Dagoglou, JZ 1965, 321; Fellner, VerwArch Bd.48 (1957), S.95 ff (104 f); F.Mayer, BayVBl.1960, 332 ff (336); ders., Verwaltungsrecht, S.70 insbes. mit dem vergleichenden Hinweis auf §§ 99, 100 VwGO; Perschel, JuS 1966, 324; Spanner, DÖV 1958, 651 ff; ders., DVBl. 1964, 845 ff (847); Ule, DVBl.1957, 597 ff (601); ders., Verwaltungsreform, S.67 ff; Ule-Becker, Verwaltungsverfahren, S.41 f; kritisch auch Sendler, AöR 94 (1969), S.130 ff (148).

397) Vgl. dazu insgesamt die Nachweise bei Redeker-v.Oertzen VwGO, Rdnr.6 zu § 99; vgl. zur Geheimhaltung der Personalakten BVerwG v.19.8.1964, BVerwGE 19, 179 ff (185) = DVBl.1960, 516; v.4.6.1970, DVBl.1970, 684 ff (684); v.4.6.1970, BVerwGE 35, 225 ff (229); OLG Hamm v.4.12.1970, NJW 1971, 468 ff (469); ferner Wilhelm, Die Personalakten, ZBR 1967, 97 ff; Schwandt, Die Einsichtnahme Dritter in Personalakten, ZBR 1972, 371 ff; die vom BVerwG noch vertretene Ansicht, daß Prüfungsakten ihrem Wesen nach geheim sind, wird von den OVGen schon lange nicht mehr uneingeschränkt geteilt, vgl. einerseits BVerwG v.23.2.1962, BVerwGE

erst eine Einsichtnahme in die Akten den Betroffenen befähigt, von seinen Partizipationsrechten effektiven Gebrauch zu machen. Aus diesem Grund ist die Akteneinsicht durch eine Sollvorschrift zu regeln, die die in § 99 Abs.1 VwGO genannten Vorbehalte sowie eine Schutzvorschrift zugunsten berechtigter Interessen Dritter³⁹⁸⁾ enthält und die Gewährung der Akteneinsicht dann zwingend vorschreibt, wenn sich der Betroffene auf andere Weise nicht hinreichend informieren kann.³⁹⁹⁾

III) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Zu den eben erwähnten berechtigten Interessen zählt auch das von der Rechtsprechung aus Art.1 Abs.1, Art.2 Abs.1 in Verbindung mit Art.19 Abs.2 GG entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴⁰⁰⁾ des Betroffenen. Die damit ver-

noch 397) 14, 31 ff (34); v.8.2.1963, BVerwGE 15, 267 ff (268); v.10.7.1964, BVerwGE 19, 128 ff (130); andererseits OVG Koblenz v.30.5.1968, NJW 1968, 1899 f (1900); VGH Mannheim v. 4.9.1969, NJW 1969, 2254; OVG Münster, v.12.9.1972, NJW 1972, 2243 ff m.z.N., vgl. dazu die Anmerkung von Erichsen, JZ 1973, 242 ff; OVG Lüneburg v.28.2.1972, NJW 1973, 638; in letzterem Sinne auch Krieger, Recht des Bürgers, S.87 f.

398) So die Regelung in § 88 LVwG Schl.-H., zustimmend H.J.Wolff, VwR III, § 156 IV e 1 (S.288).

399) Vgl. dazu die Einräumung eines Rechtsanspruchs auf Akteneinsicht durch § 25 I Entwurf VwVfG 1973; der Kompromiß dieser Regelung liegt darin, daß nach § 25 II des Entwurfs der Anspruch u.a. dann nicht gegeben ist, wenn die Gewährung der Akteneinsicht die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Behörde beeinträchtigen würde.

400) Bahnbrechend war hier die Rechtsprechung des BGH: vgl. v.25.5.1954, BGHZ 13, 334 ff (338); v.26.11.1954, BGHZ 15, 249 ff (257); v.2.4.1957, BGHZ 24, 72 ff (76f) = NJW 1957, 1146; v.20.5.1958, NJW 1958, 1344; v.20.5.1958, BGHZ 27, 284 ff (286 f) = JZ 1959, 60 mit Anm. Reinhardt, JZ 1959, 41; v. 18.3.1959, BGHZ 30, 7 ff (11); v.20.3.1968, BGHZ 50, 133 ff (143); v.19.6.1970, JZ 1971, 388 m.Anm. Arzt = NJW 1970, 1848 = JR 1971, 65 ff m. Anm. Bökelmann; zur Rechtsprechung des BVerfGs vgl. v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff (41); v.16.7.1969, BVerfGE 27, 1ff (6) = DVBl.1969, 739; v.15.1.1970, BVerfGE 27, 344 ff (350 f); v.16.7.1969, NJW 1969, 1707 f; v.15.1.1970, NJW 1970, 555 = ZBR 1970, 122; v.15.12.1970, NJW 1971, 275 ff (277); v.8.3.1972, DVBl. 1972, 303 ff; zur Rechtsprechung des BVerwGs vgl.

bundene Gewährung eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung zieht dem Informationsaustausch von Bürger und Verwaltung in mehrerer Hinsicht Schranken. Zunächst ist es der Verwaltung verwehrt, ihr bekannte Tatsachen, die die Intimsphäre des Betroffenen tangieren, Dritten zugänglich zu machen.⁴⁰¹⁾ Darüberhinaus darf sie aber auch nicht Informationen aus der Intimsphäre zu erlangen suchen und zwar weder durch eigene Ermittlungen⁴⁰²⁾ noch mittelbar dadurch, daß sie vom Betroffenen die Offenlegung seiner Privatsphäre unter dem Vorwand erwartet, nur so eine im Sinne des Betroffenen liegende Interessenabwägung vornehmen zu können. In dem Antrag des Betroffenen auf eine bestimmte Handlung der Verwaltung, sei es nun polizeiliches Eingreifen oder bestimmtes Verwaltungshandeln, ist auch kein Verzicht auf die Respektierung der Intimsphäre zu sehen, denn die Privatsphäre ist eine unantastbare Grenze der Sachverhaltsaufklärung.

IV) Die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

Nach Bettermann⁴⁰³⁾ genügt nur eine alsbaldige Eröffnung des Rechtsweges der Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 GG.

noch 400) BVerwG v.19.8.1964, BVerwGE 19, 179 ff (182); v.9.2.1967, BVerwGE 26, 169 ff (170); v.4.6.1970, BVerwGE 35, 225 ff (229); v.9.2.1966, BVerwGE 23, 223 ff (224); v.4.6.1970, NJW 1970, 1760 ff; v.3.9.1970, DÖV 1971, 57 f; v.25.7.1972, NJW 1972, 1726 ff = DVB1.1972, 734 ff; und schließlich den für die Gefahrenabwehr interessanten "Minispionfall" des VGH Mannheim v.15.12.1971, NJW 1972, 971 f.

401) Vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (248).

402) Der Schutz der Privatsphäre gilt zwar nicht uneingeschränkt und muß gegenüber höherwertigen Rechtsgütern weichen, jedoch ist es zweifelhaft, ob eine Güterabwägung dem hohen Wert der Intimsphäre gerecht wird, in diesem Sinne auch kritisch zur Güterabwägung Evers, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im öffentlichen Recht und die Aufnahme von Lichtbildern zur Überwachung von Versammlungen, in: Festschrift für Reinhardt, 1972, S.377 ff (381 f).

403) Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S.118 ff (165).

Bei dieser Prämisse würden die Einführungsmöglichkeiten und die Quantität einer bürgerschaftlichen Teilhabe im Verwaltungsverfahren erheblich reduziert werden müssen, da mit einer Betroffenenpartizipation eine Verlängerung des Entscheidungsweges auch in zeitlicher Hinsicht unvermeidlich verbunden ist.⁴⁰⁴⁾

Diese Ansicht verkennt jedoch, daß auch das Verwaltungsverfahren ein Instrument ist, die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht zu sichern. Gerade die Verwaltung hat allgemein und insbesondere im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit, für zweckmäßiges Handeln Sorge zu tragen. Sie allein trägt die Verantwortung dafür, weil die Gerichte in diesen Bereich nicht eingreifen können. Insofern ist das Verwaltungsverfahren keine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes, sondern eine Ergänzung: Einem eigenen Rechtsfindungsverfahren der Verwaltung unter Hinzuziehung des Bürgers steht deshalb Art.19 Abs.4 GG nicht entgegen.⁴⁰⁵⁾

V) Der Grundsatz der Befangenheit

Voraussetzung einer sachgerechten, von objektiven Kriterien bestimmten Verwaltungsentscheidung ist der Ausschluß von Personen, deren persönliche und wirtschaftliche Sonderinteressen befürchten lassen, daß sie sich bei ihrer Entscheidung von diesen Umständen bestimmen lassen.⁴⁰⁶⁾

404) Vgl. dazu die Ausführungen im Mitbestimmungsbericht der Bundesregierung, BT-Drcks.VI/ 334, S.78.

405) Vgl. nur Scheuner, Entwicklung, S.255 m.w.N.; so auch BVerfG v.9.5.1973, NJW 1973, 1683 ff (1683) im Verfahren zur Abschaffung des Vorverfahrens in Bausachen in Bayern. Die Zweifel von Bettermann könnten höchstens dann akut werden, wenn der Eröffnung des Rechtsweges ein zweistufiges Vorverfahren vorgeschaltet wäre, vgl. dazu Ule, VerwArch Bd.62 (1971), S.114 ff (132); jedoch ist hier zu bedenken, daß nach Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens ein Widerspruchsverfahren entfällt, vgl. die Regelung in § 56 EVwVerfG 1963, ebenso § 66 Entwurf VwVfG 1973. Eine letzte Sperre wäre zudem bei zu langer Dauer der Verwaltungsverfahren die Untätigkeitsklage nach den Fristen des § 75 VwGO.

Dies bedeutet zunächst für den Betroffenen, daß er im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴⁰⁷⁾ einen Anspruch darauf hat, daß ihm nur unbefangene Amtswalter gegenüberreten.⁴⁰⁸⁾ Eine Partizipationsbegrenzung ergibt sich jedoch nur dort, wo Betroffene als befangen anzusehen sind. Hier sind die persönlichen und privaten Interessen⁴⁰⁹⁾ des Bürgers keine Kriterien, mit denen sich eine Befangenheit feststellen läßt, da er gerade diese Interessen im Verwaltungsverfahren wahrzunehmen hat. Insofern nimmt eine Betroffenenpartizipation die Nachteile einer Befangenheit des Betroffenen bewußt in Kauf, und es kann aus ihr keine Begrenzung der Partizipation hergeleitet werden.⁴¹⁰⁾

VI) Das Staatshaftungsrecht des Art. 34 GG

Die Schadensersatzgewährleistung des Art. 34 GG schafft eine Minimalvoraussetzung der Rechtsstaatlichkeit.⁴¹¹⁾ Zwar kann auch der Rechtsstaat Pflichtverletzungen seiner

406) Vgl. zum Befangenheitsgrundsatz vor allem H.J. Wolff, VwR III, § 156 e (S. 280 ff); Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, (1973), S. 179 ff (249); vgl. allgemein R. Mußgnug, Das Recht auf den gesetzlichen Verwaltungsbeamten?, 1970; Alscher, Willensmängel bei kollegialem Verwaltungshandeln, NJW 1972, 800 ff (802 f); vgl. auch die Regelung des Ausschlusses und der Ablehnung von befangenen Amtsträgern in §§ 16, 17 Entwurf VwVfG 1973.

407) Kopp, Verfassungsrecht, S. 175 f.

408) VGH Kassel v. 29.5.1969, JZ 1971, 257 ff mit Anm. Dagoglou; vgl. auch VGH Mannheim v. 16.7.1970, VerwRspr Bd. 22 (1971), S. 811 ff; Ule, Zum Problem der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat im Gemeinderecht, VerwArch Bd. 62 (1971), S. 271 ff, 391 ff; Besche, Die Besorgnis der Befangenheit im Verwaltungsverfahren - insbesondere im Prüfungswesen, DÖV 1972, 636 ff.

409) Grauhan, Verwaltung, S. 375.

410) A.A. hinsichtlich der hier nicht relevanten Mitentscheidung von Betroffenen offensichtlich Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff (249).

411) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 9 zu Art. 34.

Amtsträger nicht generell verhindern, jedoch muß im Falle einer Verletzung zumindest die Verpflichtung für den Staat bestehen, den Schaden wiedergutzumachen. Diese Ersatzpflicht des Staates basiert auf dem Gedanken, daß die handelnde und entscheidende Instanz (hier der Staat durch die Verwaltung) auch die Verantwortung für dieses Handeln trägt. Diese Identität von Entscheidendem und Verantwortungsträger, im Art.34 GG stillschweigend vorausgesetzt, könnte durch eine weitgehende bürgerschaftliche Partizipation aufgelöst werden.⁴¹²⁾ Die Folge davon wäre ein Auseinanderfallen von Entscheidung und Verantwortung,⁴¹³⁾ was mit der bestehenden Regelung kaum vereinbar wäre.⁴¹⁴⁾ Nun können zwar aus dem Rechtsstaatsprinzip keine Partizipationsmodalitäten in Form einer Ententscheidungsbefugnis abgeleitet werden, jedoch suchen auch die anderen Partizipationsformen den Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung. Diese Einflußnahme kollidiert aber nicht mit der Schadensersatzgewährleistung durch den Staat gemäß Art.34 GG. Die Letztentscheidungsbefugnis der Überwachungsbehörden bleibt bei der dem Rechtsstaatsprinzip zuzurechnenden bürgerschaftlichen Partizipation unangestastet. Die Behörde hat zumindest rechtlich die Möglichkeit, die ihr angemessene erscheinende Entscheidung zu treffen. Es ist also stets die Entscheidung der Behörde und nicht die der Partizipanten. Die in Art.34 GG vorausgesetzte Einheit von Entscheidung und Verantwortung wird also nicht durch die hier dem Rechtsstaatsprinzip zugeordneten Partizipationsformen aufgelöst.

412) Diese Gefahr sieht auch Zeidler, Der Standort der Verwaltung in der Auseinandersetzung um das Demokratieprinzip, DVBl. 1973, 719 ff (720).

413) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff (71 f) unter Hinweis auf Ba.-Wü.VGH v.13.4.1950, DVBl. 1950, 475 ff (476 f).

414) Es kann nämlich niemand Verantwortung übernehmen, wer, in seiner Entscheidung in vollem Umfang an die Willensentscheidung anderer gebunden ist, in diesem zutreffenden Sinne BayVerfGH v.10.3.1951, E 4, 30 ff (47); BVerfG, v.27.4.1959, BVerfGE 9, 268 ff (281 f).

E) Zusammenfassung der Partizipationsaussagen

Diese Analyse der Elemente des grundgesetzlichen Rechtsstaatsbegriffs hat ein weites Spektrum partizipativer Aussagen erbracht, sowohl auf der Seite der positiven Partizipationsgebote, als auch auf seiten der negativen Partizipationsbegrenzungen.

- I) Hinsichtlich der positiven Partizipationsaussagen erfordern die dem Übermaßverbot zuzuordnenden bürgerschaftlichen Beteiligungen die Partizipationen mit den weitgehendsten materiellen Gehalten und den größten qualitativen Gewichten. Das ist vor allem die dem Prinzip der Erforderlichkeit zuzuordnende Abwendungsbefugnis, die im Zusammenhang mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (i.e.S.) eine zwingende Anhörung des Betroffenen erfordert mit weiteren begleitenden Absicherungen im Verfahren. Von großer Bedeutung gerade im Bereich der Überwachungsverwaltung ist auch der Grundsatz der Menschenwürde, der ebenso wie der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine Anhörung des Betroffenen im Regelfall gebietet. Darüberhinaus können grundrechtliche Partizipationen vor allem als allgemeine oder spezielle Informationsberechtigungen aus den Gewährleistungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, dem Recht auf Informationsfreiheit und dem Elternrecht hergeleitet werden. Eine Ergänzung stellen hier die aus dem Grundsatz der Berechenbarkeit staatlicher Machtäußerungen herzuleitenden Informationsrechte dar. Schließlich ist auch das Petitionsrecht als grundrechtliche Gewährleistung eines grundsätzlichen Zuganges zum Staat in dieser seiner (allerdings mehr mittelbaren) partizipativen Komponente zu beachten.

- II) Die einschneidendsten Partizipationsbegrenzungen ergeben sich aus den spezifischen Notwendigkeiten der Exekutive. Gerade im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit und Geheimhaltungsbedürftigkeit der Gefahrenabwehr ist aber die verfas-

sungsrechtliche Legitimation der Partizipationsbeschränkung im Auge zu behalten. Auch der Schutz der Intimsphäre der Betroffenen im Rahmen des Persönlichkeitsrechts erfordert im Einzelfall eine die Grundrechtsinteressen des Betroffenen berücksichtigende Interessenabwägung. Schließlich ist zu beachten, daß der Grundsatz der Befangenheit und die Rechtsschutzgarantie der hier angesprochenen Ausgestaltung der Partizipation nicht entgegensteht. Dies gilt auch für die aus Art. 34 GG entwickelten Grundsätze über das Staatshaftungsrecht, da bei der hier herausgearbeiteten Konzeption die handelnde, entscheidende Instanz mit der verantwortenden identisch ist.

3. Abschnitt: Verfahrensrechtliche Verwirklichung der Partizipationsprogramme

A) Verwaltungsorganisation und Entscheidungsfindung

Die Zuordnung der Elemente des Rechtsstaats zu konkreten Teilhabeformen hat gezeigt, daß dem von einer Willensäußerung der Überwachungsbehörden Betroffenen ein differenziertes Instrumentarium der Aktion und Reaktion zur Verfügung steht. Daneben wurde das Verwaltungsverfahren als rechtlicher Rahmen dieser Willensbestimmung und Willensabstimmung erkannt. Damit ist aber die Problematik einer Beteiligung des Betroffenen am Verwaltungshandeln nicht gelöst, denn eine grundsätzliche Befürwortung einer Kooperation von Behörde und Betroffenen im Verwaltungsverfahren gibt keinen Aufschluß darüber, wie der beteiligte Betroffene tatsächlich Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung gewinnen kann. Diese Probleme sind noch weitgehend ungeklärt⁴¹⁵⁾ und eine verfahrensrechtliche Verwirklichung und Umsetzung der Partizipationsprogramme ist vor allem als Versuch zu verstehen, der Partizipation des Betroffenen zu optimaler

⁴¹⁵⁾ Auch Luhmann, Politikbegriffe und die "Politisierung" der Verwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, S.211 ff (213 ff) bemängelt, daß bislang noch kein überzeugendes Konzept zur Verwirklichung der Partizipationsforderungen in der Verwaltung entwickelt wurden.

Wirksamkeit im Sinne einer Einflußnahme auf die Entscheidungsfindung zu verhelfen.

I) Mängel der herkömmlichen Konzeption des
Verwaltungsverfahrens

1) Mängel hinsichtlich der Entscheidungsfindung

Über den Umstand, daß die spezifische Aufgabe der Verwaltung das Treffen von Entscheidungen ist, besteht selbstverständliches Einvernehmen.⁴¹⁶⁾ Dennoch ist eine gewisse Unterbilanz in der Behandlung des Entscheidungsvorgangs festzustellen. Die vorhandenen Bearbeitungen beschränken sich zumeist auf eine Darstellung der äußeren organisatorischen Bedingungen des Entscheidens⁴¹⁷⁾ und vernachlässigen die innere Struktur des Entscheidungsvorgangs.⁴¹⁸⁾ Typisch dafür ist auch die Regelung in § 9 Satz 2 EVwVerfG 1963: "Es (das Verwaltungsverfahren) ist einfach und zweckmäßig durchzuführen."⁴¹⁹⁾ Jede Bestim-

416) Badura, DÖV 1970, 18 ff (19); Haußleiter, Verwaltungssoziologie, 1969, S.16; Heller, Staatslehre, 2.Aufl., 1961, S.228 ff spricht vom Staat als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit; Henke, VVDStRL 28 (1970), S.149 ff (167); Luhmann, Theorie, S.17, 20, 43, 47 f, 67 ff, 70, 86, 112; ders., Spontane Ordnungsbildung, in: Verwaltung, S.163 ff (165); ders., Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung, in: Politische Planung, S.165 ff (165); ders., Reform des öffentlichen Dienstes, daselbst, S.203 ff (207); Morstein Marx, Bürokratie, S.214; Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.43; W.Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (327); Thieme, Verwaltungslehre, S.3 (Ziff.11); H.J.Wolff, VwR I, § 2 II a 7 (S.10).

417) Vgl. z.B. F.Mayer, Geschäftsgang, in: Verwaltung, S.298 ff.

418) Eine Ausnahme bilden hier vor allem die Schriften von Luhmann. Eine Zusammenstellung seiner früheren Veröffentlichungen findet sich bei Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (328), vgl. außerdem Luhmann, Grundbegriffliche Probleme einer interdisziplinären Entscheidungstheorie, Die Verwaltung 1971, 470 ff; und die Beiträge von Luhmann, in: Politische Planung, 1971.

419) Auch § 10 Satz 2 Entwurf VwVfG 1973 bringthier keine Änderung.

mung über das Zusammenwirken von verschiedenen Behörden und vom Einsatz von Hilfsmitteln fehlt⁴²⁰⁾ ebenso wie Anleitungen zur Entscheidungsfindung selbst, obwohl doch das Verwaltungsverfahren gerade das Zustandekommen verwaltungsbehördlicher Entscheidungen, also die Willensbildung der Behörden regeln soll.⁴²¹⁾

2) Mängel hinsichtlich der Effektivität der Beteiligungen

Wenn das Verwaltungsverfahren die Aufgabe als Auswahlkriterium und Auswahllegitimation unter der dargestellten Entscheidungsunsicherheit soll erfüllen können, ist es unumgänglich, daß eine vorgesehene Betroffenenbeteiligung auch hinsichtlich Umfang und Zeitpunkt eindeutig geregelt wird. Erst diese genauere Ausgestaltung entscheidet über die Effektivität der Partizipationsmodalität und kann vermeiden, daß die Betroffenenbeteiligung nicht mehr nur eine nachträgliche Legitimation einer tatsächlich schon längst gefallenen Entscheidung ist.⁴²²⁾ Typisch für ein Planungsverfahren unter Beteiligung der Betroffenen ist der Ablauf in den folgenden Stufen:⁴²³⁾

- (1) Herstellung des Plans
- (2) Planprüfung
- (3) Anhörungsverfahren
- (4) Planfeststellung

Die Anhörung erfolgt also hier erst nach der Aufstellung des Plans und der behördlichen Prüfung auf die Sach- und

420) Ansätze von Kritik an diesen Umständen bei Herzog, VVDStRL 24 (1966), S.183 ff (194, 196).

421) So Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S.118 ff (123, 138 f).

422) Hoffmann und Patellis, Demokratie, S.56; dabei handelt es sich um eine für die Bauplanung typische Erscheinung, vgl. Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in: Festgabe für Forsthoff, 1967, S.133 ff (137 ff, 157 ff); Brohm, Staatslexikon, Art. Städtebau III, 6.Aufl., 3. Ergänzungsband, 1970, Sp.339 ff (345); ders., VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (291); Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, S.32; Weyreuther, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, DVBl.1972, 93 ff (99 f).

423) Vgl. F.Mayer, Verwaltungsrecht, S.73; siehe auch die entsprechende Regelung in §§ 17, 18 BFernStrG, sowie in § 69 Entwurf VwVfG 1973.

Rechtsrichtigkeit des Plans. Es liegt auf der Hand, daß die Behörde im Anhörungstermin vor allem an ihrer Entscheidung festzuhalten versucht und nicht selten darum bemüht ist, selbst berechnigte Einwendungen zurückzuweisen.⁴²⁴⁾

Daß eine solche Anhörung geeignet ist, Einfluß auf die Entscheidung einzuräumen, um eine qualitative Verbesserung des Plans zu erreichen, kann ernsthaft nicht behauptet werden. Tatsächlich ist eine Beteiligung unter diesen Bedingungen eine Farce⁴²⁵⁾ und muß auf der Seite des Betroffenen Frustration hervorrufen und zu einer Entfremdung von Bürger und Staat führen.⁴²⁶⁾ Aus dieser Sicht bestanden auch gegen die Regelung der Anhörung in § 21 Abs.1 EVwVerfG 1963 erhebliche Bedenken, wenn dort pauschal davon gesprochen wurde, daß dem Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen gegeben werden soll, bevor der Verwaltungsakt erlassen wird. Bei einer solch undifferenzierten Regelung

424) Wie hier Redeker, DVBl.1971, 369 ff (372): Eine Anhörung erst im Stadium der Offenlegung des Plans kann schon wegen des Planungsfortschrittes nur noch zu kleinen Modifikationen führen. Stich, Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, S.355 ff (365 m.z.N.) stellt bei den planherstellenden Behörden nur eine geringe Neigung fest, ihre in monatelanger Arbeit hergestellten Pläne aufgrund von Einwendungen betroffener Bürger zu ändern. Vgl. noch Hollatz, Diskussionsbeitrag, in: Der aktive Bürger, S.50 f.

425) Muncke, Zur Demokratisierung des kommunalpolitischen Planungs- und Entscheidungsprozesses, Zeitschr. für Parlamentsfragen 1972, 230 ff (231); Brohm, Art. Städtebau III, in: Staatslexikon, 6. Aufl., 3. Ergänzungsband, 1970, Sp.339 ff (345); Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in: Festgabe für Forsthoff, 1967, S.133 ff (157); ders., hingegen widersprüchlich: Demokratisierung der Planung oder rechtsstaatliche Planung, in: Forsthoff-Festschrift 1972, S.9 ff (S.28 ff), wenn er einerseits meint, Auslegung der Pläne und die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben seien zur Einflußnahme ausreichend, andererseits die (unzufriedenen) Betroffenen auf die Möglichkeit der Bürgerinitiative gegen die Planvorstellungen verweist (S.28).

426) H.H.Rupp, NJW 1972, 1537 ff (1540); Dagtolglou, DVBl. 1972, 712 ff (719); Krämer, Selbstverwaltung, S.137 m.w.N..

liegt die Vermutung nahe, daß die Entscheidung im Zeitpunkt der Anhörung i.d.R. schon gefallen sein wird. Die Gefahr einer solchen Verkümmierung gesetzlich vorgesehener Beteiligungen zu Scheinpartizipationen verbietet es, in normativen Regelungen nur ganz allgemein von Anhörung und dergleichen zu sprechen,⁴²⁷⁾ sondern zwingt zur Einführung von verfahrensrechtlichen Sicherungen, die dem Partizipanten eine tatsächliche Einflußnahme auf die Entscheidung sichern.⁴²⁸⁾

Die dargestellten Mängel formulieren die Aufgabe: Es ist das herkömmliche Verwaltungsverfahren zu einem Entscheidungsfindungsverfahren fortzuentwickeln, das den Entscheidungsvorgang aus dem Bereich der subjektiven Zufälligkeiten heraushebt und zugleich gewährleistet, daß die rechtsstaatlichen Partizipationen in die Entscheidungsfindung eingehen. Damit ist konkret das Problem der Entscheidungsbildung und -findung angesprochen und eine Einbeziehung⁴²⁹⁾ der neueren entscheidungstheoretischen Erkenntnisse bietet sich an.

II) Die Entscheidung als stufenweiser, arbeitsteiliger Informationsverarbeitungsprozeß

1) Ausgangspunkt der Entscheidungsforschungen

Das Suchen und Auffinden von rationalen und gerechten Entscheidungen ist zu einem elementaren Problem menschlicher

427) König, DVBl.1959, 189 ff (192).

428) Jedenfalls reichen Allgemeinplätze wie Anhörung zu einem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung noch nicht gefallen ist, idR nicht aus; Vgl. auch Behrendt, Gehör, S.77, der bemängelt, daß es über den Ablauf des Anhörungsverfahrens in Lehre und Rechtsprechung keine Anhaltspunkte gibt.

429) Die Entscheidungstheorien können hier nicht umfassend entwickelt werden. Der Verzicht ist vor allem vertretbar, weil nur auf ganz gesicherte Erkenntnisse dieses Forschungsbereichs zurückgegriffen wird. Dennoch wird in aller Kürze auf Entwicklung und Ansatz der Entscheidungstheorien eingegangen, um die hier verwendeten Erkenntnisse im Zusammenhang sichtbar zu machen und ein Mindestmaß an theoretischem Unterbau zu liefern.

Zusammenlebens geworden, denn unsere Zeit ist von hoher Umweltkomplexität und der nahezu vollkommenen Interdependenz aller Lebenssachverhalte gekennzeichnet.⁴³⁰⁾ Jede Entscheidung ist damit zwangsläufig mehrdimensional und unbestimmt, da weder Ziel noch Mittel des Verwaltungshandelns von vornherein exakt artikulierbar sind.⁴³¹⁾ Angesichts von nur undeutlichen Vorstellungen und Zielen vermag eine Kostenminimierung bei vorgegebenen Zielen bzw. eine Zielmaximierung bei gegebenen Kosten keine brauchbaren Entscheidungen zu liefern.⁴³²⁾ Im Gefolge des Problemgehalts von Entscheidungen steigt die Zahl der notwendigen Informationen und die Breite der Datenskalen. Können in der Regel schon nicht alle entscheidungsrelevanten Daten aufbereitet werden,⁴³³⁾ so vermag der Entscheidende vor allem nicht alle zu ihm gelangenden Informationen zu verarbeiten, da die menschliche Fähigkeit, eine größere Anzahl von Beurteilungsgesichtspunkten als Variable zugleich zu berücksichtigen und miteinander abzuwägen, äußerst gering ist;⁴³⁴⁾ nur durch Zuhilfenahme von Hilfs-

430) Forsthoff, Staat, S.30 ff; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (258 m.z.N.); vgl. auch Nagel, Entscheidungen, S.38.

431) Weiss, Strukturierung iterativer Entscheidungsprozesse bei öffentlichen Planungsvorhaben, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff (243, 245).

432) Naschold, Systemsteuerung, S.50; Das liegt daran, daß Mittel und Zweck vielfach ineinanderfließen, denn was auf der einen Ebene als Zweck erscheint, ist auf einer anderen das Mittel, vgl. dazu Morstein Marx, Stand der Verwaltungswissenschaft, in: Verwaltung, S.34 ff (35); ders., Hierarchie und Entscheidungsweg, in: Verwaltung, S.109 ff (117 f); ferner Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (259).

433) Ein Umstand, der durch die Informationskrise des Rechts am besten gekennzeichnet wird. Vgl. dazu allgemein Simitis, Informationskrise, der damit freilich mehr die Zersplitterung des Rechts und die Undurchsichtigkeit meint, vgl. nur S.48 ff; besonders S.31: Parlament, Verwaltung und Richter sind ebensowenig wie der Einzelne in der Lage, die Rechtsordnung wirklich zu überschauen, vgl. zum Informationsproblem noch Lutterbeck, Bemerkungen, S.196 f.

434) Luhmann, Theorie, S.47; ders., Legitimation, S.203; Naschold, Systemsteuerung, S.43 f, 52; ders., Staats-

mitteln kann er diesen Mangel ausgleichen.

2) Das Anliegen der Entscheidungsforschungen

Der Verbesserung der dadurch verminderten Handlungsfähigkeit der Verwaltung dienten die von den Vereinigten Staaten⁴³⁵⁾ ausgehenden Versuche, die nunmehr auch in den deutschsprachigen⁴³⁶⁾ Raum Eingang gefunden haben, die überkommenen Informations- und Entscheidungssysteme leistungsfähiger zu gestalten. Die Mühen⁴³⁷⁾ um eine Verbes-

noch 434) lexikon, 1. Ergänzungsband, Freiburg 1968, Stichwort: Entscheidungstheorie, Sp. 702; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff (276 m.z.N.); dieser Befund trifft natürlich auch besonders für die in einer Organisation an der Spitze Stehenden zu, vgl. dazu Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff (293 m.w.N.); Scharpf, Demokratietheorie, S. 58, 82; Ferner auch Blankenburg, Treiber, Die Verwaltung 1972, 273 ff (277); König, Verwaltungsreform und Demokratiediskussion, in: Demokratie und Verwaltung, S. 271 ff (283 f).

435) Hier seien nur die grundlegenden Werke genannt: Barnard, The Function of the Executive, Cambridge, 1938; Simon, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. In: America Economic Review, Vol. 49, June 1959, S. 253 ff; ders., Das Verwaltungshandeln, Stuttgart, 1955 (Übersetzung von Administrative Behaviour); ders., Administrative Decision Making, In: Public Administration Review, 25. Vol., March 1965, S. 31 ff; ders., und March, Organizations, New York, 1965; Feldmann und Kanter, Organizational Decision Making, in: Handbook of Organizations, Hrsg. v. March, Chicago 1965, S. 614 ff; Majak und Robinson, The Theorie of Decision Making, in: Contemporary Political Analysis, Hrsg. v. Charlesworth, New York 1967; Neuere Literatur: Shull, Delbecq, Cummings, Organizational Decision Making, New York, London u.a., 1970; Subramaniam, The place of decision theory in administrative studies, in: Revue Internationale der Sciences Administratives, 1971, S. 395 ff; Alutto u. Belasco, A typology for participation in organizational decision making, in: Administrative Science Quarterly, 1972, S. 117 ff; Rivlin, New approaches to public decision-making, Ottawa, 1972.

436) Auch hier ist die Literatur kaum mehr zu übersehen, vgl. nur Badura, Die Verwaltung als soziales System, DÖV 1970, 18 ff; Blankenburg und Treiber, Die Verwaltung, 1972, 273 ff; Heinen und Naschold, Stichwort Entscheidungstheorie, in: Staatslexikon, 9. Bd., 6. Aufl., 1969, Sp. 689 ff; Ihle, Vertrag; Kirsch, Entscheidungsprozesse, 3 Bände, 1. Bd. (1970), 2. u. 3. Bd. (1971); König, Erkenntnisinteresse, S. 247 ff; Krauch (Hrsg.), Systemanalyse; Krelle, Präferenz- und Entscheidungs-

serung der Informationsgewinnung und der Informationsverarbeitung waren dabei einerseits auf eine theoretische Durchdringung des Entscheidungsvorgangs und andererseits auf die Entwicklung der Bereitstellung von Hilfsmitteln zur Entscheidungsfindung gerichtet.⁴³⁸⁾ Ziel dieser Forschungen ist es, dem Entscheidungsträger das Entscheidungshandeln dadurch zu erleichtern, daß die wesentlichen Strukturen der komplexen Entscheidungssituationen

noch 436) theorie, Tübingen, 1968; ders., Entscheidungstheoretische Methoden in der auswärtigen Politik, in: Europaarchiv, Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik, 1972, 387 ff; die modernen System- und Entscheidungstheorien spielen in den Schriften von Luhmann eine bedeutsame Rolle. Hier seien nur seine wichtigsten und neueren Schriften genannt: Legitimation, S.11 ff, 201 f; Theorie; Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), S.1 ff; Grundbegriffliche Probleme einer interdisziplinären Entscheidungstheorie, Die Verwaltung 1971, 470 ff; Lutterbeck, Entscheidungstheoretische Bemerkungen zum Gewaltenteilungsprinzip, in: Datenschutz, S.187 ff; Menschen im Entscheidungsprozeß, Wien 1971; Mühlhoff, Verwaltungslehre; Nagel, Entscheidungen; Naschold, Systemsteuerung, S.30 ff; Reinermann, Zur Bedeutung der Systemanalyse bei Einführung der Systemanalyse im Regierungs- und Verwaltungsbereich, VerwArch Bd.62 (1971), S.251 ff; Stefanie-Allmayer, Die Technik der Entscheidungsbildung, München, 1964; Weiss, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff; Werneck und Ullmann, Entscheidungsstraining, Heyne, Reihe Kompaktwissen, Nr.13, München, 1973.

437) Anstoß zu der Erforschung von Entscheidungen gaben die Entscheidungssituationen der Kriegsverwaltungen im 2. Weltkrieg mit ihrer unüberschaubaren Vieltätigkeit, dazu Naschold, Systemsteuerung, S.31; Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.8, 44; Nagel, Entscheidungen, S.12; ferner Helmut Krauch, Wege und Aufgaben der Systemforschung, in: Systemanalyse, S.27 ff (29 ff) und sie ist heute Forschungsgegenstand nicht nur der deutschen Politikwissenschaft, sondern auch der Verwaltungslehre, die die Aufgabe hat, der Verwaltungspraxis ein leistungsfähiges Instrumentarium zur Verfügung zu stellen. Zu dieser Aufgabe der Verwaltungslehre vgl Forsthoff, VwR I, S.47 ff; H.J.Wolff VwR I, § 12 I(S.59 ff); Thieme, Verwaltungslehre, S.3 ff.

438) Krelle, Präferenz- und Entscheidungstheorie, 1968, S.4.

aufgezeigt werden,⁴³⁹⁾ um menschliches Entscheidungshandeln abzulösen von "rituellen und magischen Zwängen" und so die Kontrolle der Umwelt durch den Menschen zu verstärken. Computergerechte Entscheidungssituationen⁴⁴⁰⁾ sollen den Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen gewährleisten, in denen nicht nur Technokraten den einzig gangbaren Weg sehen,⁴⁴¹⁾ die Entscheidungsfähigkeit der Umweltprobleme zu garantieren.⁴⁴²⁾ Während diese Probleme derzeit zumindest theoretisch lösbar erscheinen, wird zu-

-
- 439) Dinkelbach, Optimal entscheiden - aber wie?, in: Der Volkswirt 1969, 41 f; Bröll, Entscheidungstheorie und Politik. Skizzierung einer Analyse zur Anerkennungsfrage der DDR, in: PVS 1971, S.402 ff (412).
- 440) Automationsgerechte Gesetze allein reichen dazu nicht aus, denn der Einsatz von Computern setzt voraus, daß sowohl Sachverhalt als auch Rechtsgrundlage automatisierbar gemacht werden müssen, vgl. W.Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (325). Der enge Zusammenhang von Planungs- und Entscheidungsorganisation gilt für das Operations Research, Systemanalyse und das Planning - Programming Budgeting System in gleicher Weise.
- 441) So insbesondere Haft und Müller-Krumbhaar, NJW 1973, 85 ff (85); Die Verwendungsmöglichkeit der Datenverarbeitung im Recht ist auch Gegenstand des Berichts einer aus Mitgliedern des BMindJ, der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung und der C-E-I-R GmbH bestehenden Projektgruppe an den BMindJ "Das juristische Informationssystem - Analyse, Planung, Vorschläge" (veröffentlicht bei C.F.Müller, Karlsruhe, 1972, vgl. den Bericht von Uhlig in DSWR 1 (1971/72), S.413 ff), ferner den Bericht von Bayerl, Mehr Information im Recht - auch für die Gemeinden, in: Der Städtetag 1972, 538 f;) der die derzeit gründlichste Untersuchung über Möglichkeiten und Probleme beim Einsatz der Datenverarbeitung im Recht darstellt.
- 442) Das ist wegen der Informationsflut ohne Entscheidungshilfen nicht mehr möglich! Vgl. allgemein zu den Entscheidungshilfen Böhret, Entscheidungshilfen für die Regierung, 1970, z.B. S.18 f; Herzog, Staatslehre, S.348 ff insb. S.350; Grimmer, Zur Funktion der Verwaltung in der modernen Industriegesellschaft und zur Ausbildung eines Verwaltungsingenieurs, DVB1 1971, 485 ff; Bauknecht, Elektronische Datenverarbeitung als Hilfsmittel zur Datenaufbereitung und Entscheidungsvorbereitung, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 1971, S.534 ff; vgl. auch Scheerbarth, Von der Fähigkeit des öffentlichen Dienstes zu planen, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1972, S.177 ff (183). Scheerbarth betont die Notwendigkeit, daß in der Ausbildung der Verwaltungsbeamten in Zukunft Entscheidungshilfen wie Systemanalyse gelehrt werden müssen.

nehmend erkannt, daß die Hauptschwierigkeiten darin liegen, den Entscheidungsvorgang selbst durchschaubar zu machen und theoretisch zu erfassen.⁴⁴³⁾

3) Die Ergebnisse der Entscheidungsforschungen

a) Abkehr vom Dezisionismus

Die analytische Betrachtung des Inhalts eines Problemlösungsvorgangs erfordert eine Abkehr vom Dezisionismus. Dieser Prämisse hier zu folgen, sollte nicht schwerfallen, wenn man sich die in den Naturwissenschaften angewendete Methode der schrittweisen Entwicklung einer Lösung und den empirischen Befund, daß jede Entscheidung durch mancherlei Vorentscheidungen vorausbestimmt ist, vergegenwärtigt. Während das dezisionistische Verständnis von der Entscheidung die Entscheidung vornehmlich als Ergebnis einer Art inneren Rucks⁴⁴⁴⁾ sieht und damit einer Analyse verschlossen bleibt,⁴⁴⁵⁾ kann die komplexitätsreduzierende Funktion⁴⁴⁶⁾ des Entscheidens nur von dem Prozeß des Entscheidens, also vom Ablauf und Hergang des Entscheidens,⁴⁴⁷⁾ erwartet werden. Der Vorgang des Entscheidens besteht nun darin, daß der Entscheidungsträger Informationen aufnimmt, die er mittels eines an seiner Zielvorstellung orientierten Bewertungsschemas abschichtet, verdichtet und bewertet. Das Ergebnis dieser Informationssammlung

443) Müller-Krumbhaar und Haft, NJW 1973, 85 ff (86).

444) Luhmann, Theorie, S.51, 69; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (194); Auch für die deutsche Verwaltungsrechtslehre gilt dieser Blickwinkel, doch ist die Ausrichtung der Dogmatik am VA als Endpunkt der Entscheidung zunehmender Kritik ausgesetzt, vgl. dazu Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (256 f); Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (337).

445) Plastisch spricht Morstein Marx, Hierarchie und Entscheidungsweg, in: Verwaltung, S.109 ff (122) davon, daß bei einem dezisionistischen Entscheidungsverständnis die Entscheidung dann im Gewand der pathologischen Herausforderung an das Schicksal, des haarsträubenden Glückspiels oder der magischen Persönlichkeit erscheint.

446) Naschold, Systemsteuerung, S.31.

447) König, Erkenntnisinteressen, S.251.

und -bewertung ist die Entscheidung.⁴⁴⁸⁾ Entscheidungen sind also Informationsverwertungen oder mit der allgemeinen Terminologie gesprochen, Informationsverarbeitungen.⁴⁴⁹⁾

b) Die Forschungsbereiche der Entscheidungstheorien

Auf der Grundlage des Verständnisses von der Entscheidung als ein Informationsverarbeitungsprozeß, sucht man das Phänomen der Entscheidung durch ganz verschiedene Fragestellungen aufzuschlüsseln.⁴⁵⁰⁾

Untersuchungen, die die Ausfilterung von bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen und die Herleitung von grundsätzlichen Aussagen über die soziale Herkunft und von persönlichen Werten und Einstellungen der Entscheidungsträger zum Gegenstand hatten, suchten die subjektive Komponente der Entscheidungen zu verifizieren und verfolgten damit einen mehr verhaltenswissenschaftlichen Ansatz.⁴⁵¹⁾ Die

448) Systemtheoretisch wird das so dargestellt, daß an der Input-Grenze Eingaben gemacht werden, diese im System selektiert und dann an der Output-Grenze wieder ausgegeben werden. In dem Mehr der abgegebenen gegenüber den empfangenen Informationen liegt die Besonderheit der Entscheidung, vgl. Luhmann, Theorie, S.69.

449) Darüber wird auch in der deutschsprachigen Literatur nicht mehr gestritten, vgl. Luhmann, Theorie, S.69; König, Erkenntnisinteresse, S.249, 253; Naschold, Systemsteuerung, S.31; Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.30; Kirsch, Entscheidungsprozesse, Bd.2, S.135; Kosiol, Organisation der Unternehmung, Wiesbaden, 1962, S.196; Böhret, Entscheidungshilfen, S.17.

450) Die Untersuchungen setzten dabei an den drei wesentlichen Aspekten eines Entscheidungsvorgangs an: Information, Werte und Entscheidungsregeln, vgl. Naschold, Systemsteuerung, S.73; auch Simon, Verwaltungshandeln, S.47 ff.

451) Zum Persönlichkeitsbegriff werden von den Verhaltenswissenschaften die gesamten Komplexe der menschlichen Gewohnheiten, Werte, Einstellungen, Motivationen und Triebe gerechnet.

Arbeiten⁴⁵²⁾ bewegten sich allerdings bislang mehr im empirischen Bereich. Übergreifende, allgemeine theoretische Aussagen konnten sie noch nicht liefern.⁴⁵³⁾ Dieser Befund ist auch für die Forschungen zu Rollengefüge und Rollenerwartung⁴⁵⁴⁾ des Entscheidenden festzustellen. Zugleich ist dabei das Verhältnis von Entscheidungstheorie zu den Organisations- und Systemtheorien angesprochen,⁴⁵⁵⁾

452) Vgl. dazu Kirsch, Entscheidungsprozesse, Bd.2, S.104 m.w.N.; Burghardt, Die Entscheidung als verhaltens-theoretisches und soziales Phänomen, in: Menschen im Entscheidungsprozeß, S.103 ff; Haußleiter, Verwaltungssoziologie, S.42 ff zeigt Typen und Leitbilder der Bediensteten in der öffentlichen Verwaltung; ferner für den Bereich von Justiz und Polizei: Bendix, Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters, 1968; Lautmann, Justiz, die stille Gewalt, Frankfurt, 1972; ders. und Feest (Hrsg.), Die Polizei, Soziologische Studien und Forschungsberichte, 1971, allerdings auf die repressive Tätigkeit der Polizei als Strafverfolgungsbehörde zugeschnitten; ferner Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen, Neuwied und Berlin, 1969; vgl. auch Bericht, Informationssystem, S.73; W.Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973; Wilkey, Der Hintergrund der Richterpersönlichkeit und das Entscheidungsverhalten, DRiZ 1973, 293 ff.

453) Naschold, Staatslexikon, Sp.703.

454) Wenn hier auch Einigkeit darüber besteht, daß z.B. Rolle und Rolleninformation zwar zunächst nur potentielle Entscheidungsprämissen sind, Kirsch, Entscheidungsprozesse, Bd.3, S.105; Lautmann, Rolle und Entscheidung, S.395, die aber nicht selten eine bewußte oder unbewußte Übernahme rollenkonformer Ziele und Werte als eigene zur Folge haben, Kirsch, Entscheidungsprozesse, Bd.1, S.77; vgl. hier noch Reuband, Die Bedeutung der Primärumwelten für das Wahlverhalten, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1971, S.544 ff; ferner Rolshausen, Rationalität und Herrschaft, Frankfurt, 1972; vgl. auch Wüstmann, Rolle und Rollenkonflikt im Recht, Berlin, 1972, der nach der Entwicklung eines Rollenbegriffs im Bereich des öffentlichen Rechts, S.41 ff, die Vielzahl der Rollenkonflikte, S.86 ff, 142 ff, 149 ff, darstellt und rechtspolitisch z.B. fordert, daß die Behörden nicht über ihre eigenen Rechtsbehelfe entscheiden dürfen, S.195. Sehr interessant ist es auch, wenn Wüstmann feststellt, daß die Rollenkonflikte des einzelnen angesichts seines vielfachen Sozialbezugs durch Schulung, Delegation von Verantwortung und dergl. angegangen werden müssen, S.84 f.

das noch weitgehender Klärung bedarf.⁴⁵⁶⁾ Eine Weiterführung ist hier weder möglich noch notwendig, da hier die entscheidungstheoretischen Forschungen nur soweit fruchtbar gemacht werden können, als sie in einem Bezug zur Partizipation zu bringen sind. Dieser Bezug kann jedoch nur über den Forschungsbereich der Entscheidungstheorien hergestellt werden, in dem schon gesicherte Erkenntnisse hervorgebracht wurden. Es ist dies das Gebiet des Entscheidungsprozesses.

Dennoch sind auch hier noch längst nicht alle Probleme gelöst und es erscheint derzeit durchaus zweifelhaft, ob sie überhaupt lösbar sind. Zwar wurde mit der Abkehr vom dezisionistischen Entscheidungsbegriff der Einsicht gefolgt, daß die Verbesserung der Entscheidungsqualität die analytische Aufschlüsselung der Struktur der einzelnen Entscheidungsschritte notwendig macht, die Lasswell⁴⁵⁷⁾ mit der Nennung von sieben Entscheidungsstufen vollzogen hat und die allgemein anerkannt sind.⁴⁵⁸⁾ Jedoch können

455) Die Bedeutung von Organisationsstrukturen für die Entscheidung und besonders deren Qualität betont schon Simon, Verwaltungshandeln, S.5 ff; richtig betont auch Naschold, Systemsteuerung, S.55, daß heute Entscheidungen vor allem Organisationsentscheidungen sind. Umgekehrt besteht ein ebenso wichtiger Bezug, denn das Leistungsvermögen einer Organisation schlägt in ihren Entscheidungen nieder; ferner Morstein Marx, Hierarchie und Entscheidungsweg, in: Verwaltung, S.109 ff (122 ff).

456) Vgl. dazu Luhmann, Die Verwaltung 1971, 470 ff (471 ff).

457) Lasswell, The Decision Process, Seven Categories of Functional Analysis, University of Maryland, 1956.

458) Wenn man auch der Ansicht ist, mit vier Stufen auskommen zu können: (1) Problemformulierung, (2) Dokumentation und Aufstellung von Alternativen, (3) Abwägung und Beratung, (4) Beschluß; Ellwein, Einführung, Bd.1, S.148; König, Erkenntnisinteressen, S.262 f; Joris in't Velt, Hebung der Verwaltungsleistung, in: Verwaltung, S.354 ff (368); Blankenburg und Treiber, Die Verwaltung 1972, 273 ff (275); Lutterbeck, Bemerkungen, S.190 f; Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.41; Nagel, Entscheidungen, S.43; Reinermann, Zur Bedeutung der Systemanalyse im Regierungs- und Verwaltungsbereich, VerwArch Bd.62 (1971), S.251 ff (252).

die vielfältigen Versuche,⁴⁵⁹⁾ die Entscheidungssysteme im Bereich der öffentlichen Verwaltung einzusetzen, noch nicht befriedigen.

Entscheidungen sind das Ergebnis einer Interaktion von Informationssystemen und Zielsystemen.⁴⁶⁰⁾ Hier finden sich auch die von Lasswell genannten sieben Stufen wieder: dem Informationssystem sind Informationen, Formulierung von Alternativen, Vorschlag und dem Zielsystem Durchführung, Durchsetzung, Bewertung und Abschluß zuzuordnen. Das Maß der Informationen bestimmt vorrangig die Qualität der Entscheidung. Entscheidungsgrundlage sind dabei die von der Verwaltung verfügbaren Informationen, die meist geringer sind, als die sachlich notwendigen Informationen, jedenfalls aber wesentlich geringer sind als die Informationen, die tatsächlich erreichbar wären.⁴⁶¹⁾ Dieses Informationsdefizit muß die Verwaltung durch ihre Einzelerfahrungen auszugleichen suchen. Durch diese Notwendigkeit der Berücksichtigung von Prognosen und der wegen der fehlenden Informationen nur auszugsweise erkennbaren Alternativen wird bereits im Informationssystem die Grenze der Rationalität von Entscheidungen deutlich.⁴⁶²⁾

Im Zielsystem werden hingegen noch schwerwiegendere Mängel deutlich. Hier bestehen zwei Problemkreise, nämlich einmal das Bewertungsproblem und zum anderen das rationale Entscheidungsproblem. Ein Teilproblem des konkreten rationalen Entscheidungsproblems stellt die entscheidungslogische Aufgabe dar, nämlich die unter den gegebenen Bedin-

459) Vgl. oben S.165 ff.

460) Läßt man die im subjektiven Bereich liegende Motivation zunächst einmal unbeachtet.

461) Luhmann, Legitimation, S. 213 weist richtig darauf hin, daß die Verwaltung immer unter der Bedingung partieller Ungewißheit entscheiden muß, weil die Heranziehung aller Informationen zu aufwendig wäre.

462) Simon, Verwaltungshandeln, S.56 f; Wild, Zur praktischen Bedeutung der Organisationstheorie, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 1967, S.567 ff (581).

gungen optimale Handlungsalternative auszuwählen. Instrumente zur Lösung dieses Teilproblems der Entscheidungsfindung sind Entscheidungshilfen wie Systemanalyse⁴⁶³⁾ und Operations Research.⁴⁶⁴⁾ Als bloße Entscheidungshilfen können Systemanalyse und Operations Research aber erst dann eingesetzt werden, wenn alle entscheidungsrelevanten Daten und Begriffe bewertbar und damit quantifizierbar gemacht wurden.⁴⁶⁵⁾ Systemanalyse und Operations

463) Weiss, VerwArch 63 (1972), S.241 ff (244) definiert die Systemanalyse als Typ von Untersuchungen, welche Entscheidungshilfen für die Wahl von Handlungsalternativen zur Verfügung stellt. Vgl. auch die Definitionen bei Nagel, Entscheidungen, S.XXI, 25; vgl. auch die einführenden Beiträge in: Systemanalyse in Regierung und Verwaltung, Helmut Krauch(Hrsg.); Freiburg 1972, S.27 ff, 49 ff, 73 ff.

464) Operations Research ist die Anwendung wissenschaftlicher Methoden, Verfahren und Hilfsmittel auf Probleme betreffend die Arbeitsweise von Systemen mit dem Ziele, den für diese Arbeitsweise Verantwortlichen optimale Lösungen für diese Probleme zu liefern: Churchman, Ackoff, Arnoff, Operations Research. Eine Einführung in die Unternehmensforschung. Deutsche Übersetzung von "Instruction to Operations Research", 3. Aufl., Wien und München, 1966, S.26; vgl. ferner "Der Terminus "Operations Research" und seine deutsche Übersetzung", in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1962, 363 ff (363); zu den verschiedenen Rechen-techniken des Operations Research vgl. Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.58 ff.

465) Das ist derzeit aber noch nicht möglich, vgl. dazu Reinermann, Planning- Programming- Budgeting - Systeme und die integrierte Planung von Regierungs- und Verwaltungsorganisation, in: Systemanalyse, S.181 ff (195 f); Coenen, Bewertungsprobleme in der Verwaltung, in: Systemanalyse, S.297 ff (302 ff); Schmidt-Werthern, Planung und Koordination als Zentralfunktionen des Regierungssystems, in: Systemanalyse, S.107 ff (112); Zur Quantifizierung von unbestimmten Rechtsbegriffen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vgl. Hauelsen, Zahlenmäßige Konkretisierung (Quantifizierung) unbestimmter Rechtsbegriffe, NJW 1973, 641 ff. Zu Recht weist Hauelsen aber darauf hin, daß derzeit die Quantifizierung zwar einerseits zu einer erleichterten Handhabung des Gesetzes führt (S.643 r.Sp., S.645 lk.Sp.), andererseits die damit zwangsläufig verbundene Schematisierung jedoch nicht in der Lage ist, den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden (S.644 links unten, rechts oben).

Research bewerten also nicht selbst, sondern setzen diese Bewertung voraus.⁴⁶⁶⁾ Hieraus ergeben sich die Schwierigkeiten eines erweiterten Einsatzes in der Verwaltung,⁴⁶⁷⁾ denn den Bewertungsproblemen kommt in der Verwaltung die überragende Bedeutung zu.⁴⁶⁸⁾ Die Tätigkeit der Überwachungsbehörden steht z.B. unter weitgehender Dominanz des Opportunitätsprinzips. Systemanalyse und Operations Research könnten nur bei Existenz eines umfassenden Verifizierungsmaßstabs eingesetzt werden und zur Lösung der hier erforderlichen Abwägungsfragen beitragen.

Die Bewertungsregeln können im Rahmen des Zielsystems auch nicht aus den Zielen abgeleitet werden,⁴⁶⁹⁾ da die Verwaltung immer mehrere Ziele hat und dabei neben rechtlichen auch psychologische, soziologische, politische, ökonomische und technische Aspekte beachten muß⁴⁷⁰⁾ und

466) Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.157.

467) Schopenhauer zitiert nach Zippelius, Einführung, S.107: "Die Schwierigkeit und die Gefahr zu fehlen liegt im Aufstellen der Prämissen, nicht im Ziehen der Konklusion daraus; dieses erfolgt notwendig und von selbst. Aber die Prämissen zu finden, das ist das Schwere: und da verläßt uns die Logik." Skeptisch insoweit auch Simitis, Informationskrise, S.101 ff.

468) Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.43; vgl. dazu Coenen, Bewertungsprobleme in der Verwaltung, in: Systemanalyse, S.297 ff, der die Schwierigkeiten der Aufstellung eines Bewertungssystems betont und sich in der Unmöglichkeit einer Lösung damit begnügt, daß die Verbesserung der Entscheidungsvorbereitung allein durch eine detaillierte Analyse des Bewertungsproblems erreicht wird, S.307. Morstein Marx, Stand der Verwaltungswissenschaft, in: Verwaltung, S.34 ff (35); Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (231).

469) Der Idee nach bedeutet optimales Verwaltungshandeln die Rücksichtnahme auf alle aktuellen und potentiellen Verwaltungsziele, praktisch ist die Verwaltung aber immer zu einer gewissen Folgenneutralisation gezwungen, so richtig Luhmann, Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?, VerwArch 51 (1960), S.97 ff; ebenso Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (240).

470) F.Mayer, Geschäftsgang, in: Verwaltung, S.198 ff (309) Für die öffentliche Verwaltung sind opportunistische

jede Alternative zumeist mehr oder weniger wünschenswerte Auswirkungen hat. Die Einführung von Entscheidungshilfen in die Verwaltung vermag diese Probleme nicht zu lösen und kann zumindest derzeit zu keinem rationelleren Verwaltungshandeln führen.⁴⁷¹⁾

Mangelndes Wertberücksichtigungspotential⁴⁷²⁾ der Verwaltung und der Zwang für die Verwaltung, stets im Zustand der "Unterinformation" entscheiden zu müssen, führen dazu, daß der Vorgang des arbeitsteiligen Lernens und Suchens⁴⁷³⁾ immer nur zu einer partiellen Komplexitätsreduzierung, also nur zu vertretbaren, nicht aber einzig richtigen Entscheidungen führt.⁴⁷⁴⁾ Scheidet damit eine Übertragung von Systemanalyse und Operations Research als Entscheid-

noch 470) Entscheidungsstrategien unerlässlich, weil ihre Umwelt außerordentlich wertkomplex ist und sich die für sie relevanten Werte nicht mehr auf eine Formel bringen lassen, Luhmann, Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung, in: Politische Planung, S.165 ff (167).

471) Abgesehen von diesen durchaus skeptisch zu beurteilenden Aussichten, die hier bestehenden Quantifizierungsprobleme in Bälde lösen zu können, ist eine Einführung der Systemanalyse in die Verwaltung nur nach einer ausgiebigen Einführungsphase, die als Lern- und Ausbildungsphase zu verstehen ist, denkbar, vgl. dazu Reinermann, VerwArch Bd.62 (1971), S.251 ff (253).

472) Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff (530).

473) Vgl. dazu Naschold, Systemsteuerung, S.61 f; Lutterbeck, Bemerkungen, S.193.

474) Hier treffen sich die rechts- und entscheidungstheoretischen Ergebnisse: Simon, Verwaltungshandeln, S.4. Jede Entscheidung ist ein Kompromiß, vgl. auch S.43; Luhmann, Theorie, S.49, 51, 100; ders., Legitimation, S.21, 203; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (277); Schmidt, AöR 96 (1971), S.321 ff (349 f) jeweils mit weiteren Nachweisen auch aus der Rechtstheorie; Naschold, Staatslexikon, Sp.702; Ellwein, Bd.II/1, S.19; König, Erkenntnisinteressen, S.266; Kirsch, Entscheidungsprozesse, Bd.1, S.88 f, 100 f, 107 ff; Lautmann, Rolle und Entscheidung, S.391; vgl. noch allgemein Adomeit, Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, JuS 1972, 628 ff; Scharpf, Kosten, S.45, Anm.109; ders., Demokratietheorie, S.15; Luhmann, Zweck - Herrschaft - System, (Abschn. III h m.w.N.); W.Schmidt, JuS 1971, 184 ff (188).

dungshilfen in das Entscheidungsfindungsverfahren der Überwachungsverwaltung aus, so bieten die entscheidungstheoretischen Erkenntnisse von der Entscheidung als ein sich phasenweise entwickelnder Informationsverarbeitungsprozeß, daß es immer nur vertretbare Entscheidungen geben kann und die von der Verwaltung nicht allein zu lösenden Bewertungsprobleme die Möglichkeit der notwendigen Neugestaltung der Entscheidungsfindung. Es gilt, den Versuch zu unternehmen, ein Entscheidungsfindungsverfahren zu entwickeln, das in der Lage ist, die hohe Entscheidungsunsicherheit durch Verfahren und Betroffenenbeteiligung zu reduzieren.⁴⁷⁵⁾

- B) Das Modell eines Entscheidungsfindungsverfahrens in der Überwachungsverwaltung unter Beteiligung des Betroffenen

I) Strukturvoraussetzungen des Modells

Die in jüngerer Zeit verschiedentlich unternommenen Versuche, die Komplexität der Entscheidung unter Verwertung der entscheidungstheoretischen Erkenntnis vom phasenweisen Informationsverarbeitungsprozeß durch Aufgliederung des Entscheidungsvorgangs zu reduzieren,⁴⁷⁶⁾ bieten für die Entwicklung eines auf die Besonderheiten der Überwachungsverwaltung zugeschnittenen Entscheidungs- und Partizipationsmodells nur wenig Ansätze.

Dies gilt zunächst einmal für den namentlich von Brohm⁴⁷⁷⁾ und Achterberg⁴⁷⁸⁾ unternommenen Versuch, im Verwaltungs-

475) Der Diagnose hat insoweit die Therapie zu folgen! Für eine teilweise Nutzbarmachung der neuen verwaltungswissenschaftlichen Forschungen spricht sich auch Laux aus, vgl. Verwaltungsführung und betriebliches Management, in: Demokratie und Verwaltung, S.537 ff (538).

476) Vgl. die entwickelten Beteiligungsmodelle bei Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (156 ff); Krämer, Selbstverwaltung, S.138 ff; Mühlhoff, Verwaltungslehre, S.58 ff; Muncke, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1972, 230 ff (235 ff); Wagener, PVS 1972, Sonderheft 4, S.95 ff (99 ff); Wittkämper, ebda., S.111 ff (116 ff).

477) Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (289 ff).

verfahren jeden Mitwirkungsakt von dritter Seite, insbesondere Abstimmungen, Zustimmungen und Einvernehmen zwischen Behörden, aber auch z.B. Gutachten von Sachverständigen als selbständige Teilentscheidung mit regelnder Außenwirkung anzusehen.⁴⁷⁹⁾ Diese Abschichtung reduziert zwar die Entscheidungskomplexität und macht die Entscheidung rechtlicher Beurteilung⁴⁸⁰⁾ eher zugänglich; für die Überwachungsverwaltung ist diese Lösung aber deshalb nur von geringer Bedeutung, weil zum einen Mitwirkungen von dritter Seite für die Gefahrenabwehr untypisch sind und zum anderen durch diese Abschichtung das hier allein relevante Entscheidungsfindungsproblem nicht beseitigt wird.

Die meisten der bisherigen in Politik- und Rechtswissenschaft unternommenen Versuche, entscheidungstheoretische Erkenntnisse für die Partizipationsdiskussion fruchtbar zu machen, knüpfen mit ihren Bemühungen überwiegend bei der Aufstellung von Plänen jeglicher Art an.⁴⁸¹⁾

Der Grund dafür ist vor allem, daß der gestufte Ablauf des Entscheidungsprozesses am Beispiel des Plans am besten

noch 478) Achterberg, Der Verwaltungsvorakt, DÖV 1971, 397 ff (399).

479) In ähnliche Richtung zielen Überlegungen im Hinblick auf eine dem Bürger gegebene Zusage, vgl. dazu Pfander, Die Zusage im öffentlichen Recht, 1970, insbesondere S.256 ff; vgl. auch die Regelung der Zusage in § 44 Entwurf VwVfG 1973, dazu Redeker, DVBl. 1973, 744 ff (744 f). Kritisch zur Aufspaltung des Planungsvorgangs in abgeschlossene rechtlich greifbare Teilabschnitte Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung?, in: Festschrift Forsthoff 1972, S.9 ff (26 ff).

480) Die Diskussion um die Selbständigkeit von gesetzlich vorgeschriebenen Mitwirkungshandlungen ist vor allem unter Gesichtspunkten des Rechtsschutzes schon älter, vgl. dazu Kopp, Die Anfechtung von Genehmigungen bei nur mittelbarer Betroffenheit, GewArch 1970, 121 ff; vgl. auch Morstein Marx, Bürokratisierung und Leistungsordnung, in: Verwaltung, S.69 ff (82).

481) Typisch, Harnischfeger, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1969, S.111 ff.

zu verdeutlichen ist⁴⁸²⁾ und daß ein aus Zeitdruck entstehender Entscheidungszwang zumeist nicht unmittelbar gegeben ist.⁴⁸³⁾

Dennoch konnten bislang befriedigende Lösungen nicht erreicht werden.⁴⁸⁴⁾ Die Gründe sind vielschichtiger Natur. Das Auffinden von ausgewogenen Partizipationen, die einerseits bei der Suche nach einer planschaffenden, kreativen Beteiligung, nicht bei einer planverhindernden Beteiligung, stehen bleiben und andererseits nicht völlig bedeutungslos sind, erweist sich als die größte Schwierigkeit. Die Realisierung einer umfassenden Partizipation von Bürgern als Bürger im Bereich der Planung ist ferner bei komplexen Problemlagen kaum möglich, weil hier oft ein kompetenter Gesprächspartner der Partizipanten bei den anhörenden Gremien fehlt.⁴⁸⁵⁾ Ruft zum Beispiel die Planung eines Industriegebietes durch die Gemeinde Bedenken hinsichtlich des Gewässerschutzes bei den Partizipanten hervor, fehlt es der Gemeinde hinsichtlich dieser Fragen an der Sachkompetenz und sie kann die Bedenken nur wei-

482) Dienel, Techniken bürgerschaftlicher Beteiligung an Planungsprozessen, in: Partizipation, S.144 ff (146).

483) Zur Abhängigkeit der Partizipation vom Zeitfaktor, vgl. Luhmann, Legitimation, S.203; ferner Bröll, PVS 1971, 402 ff (406).

484) Ebenso vor allem Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (156); ders., Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, in: Der aktive Bürger, S.16 ff (26); Grauhan, PVS 1972, Sonderheft 5, S.84 ff (92 f); Mayntz, Funktionen der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung, S.341 ff (343 ff, insb. 352); Wittkämper, PVS 1972, Sonderheft 4, S.111 ff (122 f); die Feststellung Redekers, NJW 1973, 1153 ff (1157), daß die im Städtebauförderungsgesetz zur Verfügung gestellten Instrumente der Partizipation und ständigen Mitwirkung der Beteiligten sowie die Regelung kaum ordnungsgemäß erfüllt werden können, sollte bei allem Vorbehalt zu denken geben.

485) Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (167 f); Grauhan, PVS 1972, Sonderheft 4, S.84 ff; Scharpf, Komplexität als Schranke der politischen Planung, ebda., S.168 ff (170 m.w.N.).

terleiten. Die Folge einer solch geringen Effizienz der Beteiligung ist ein schwindendes Interesse an einer weiteren Mitarbeit bei den Bürgern. Dieses Problem konnte die Partizipationsforschung für die Beteiligung an der Planung noch nicht lösen.

Die Schwierigkeit, eine Apathie⁴⁸⁶⁾ bei den Partizipanten zu überwinden, besteht dort nicht in gleichem Umfang, wo der Partizipant unmittelbar in seinen Rechten und Interessen tangiert ist.⁴⁸⁷⁾ Dies kennzeichnet gerade die Tätigkeit der Überwachungsverwaltungen in besonderem

486) Zum Apathieproblem vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (239 f); Dagtoglou, DVBl.1972, 712 ff (712); Zutreffend weist Scharpf, Demokratietheorie, S.34 und insb. S.57 ff darauf hin, daß ein Mindestmaß an Apathie unvermeidlich ist, da niemand in der Lage ist, alle Entscheidungen, die ihn betreffen, mitzugestalten und zu beeinflussen. Vgl. ferner die Beiträge in: Der aktive Bürger, 1971, (vgl. Besprechung DÖV 1972, 727); Die beklagte Apathie ist natürlich auch Folge eines beim Bürger nicht vorhandenen Interesses, das vor allem von der Qualifikation des partizipierenden Subjekts abhängt, dazu G.Zimpel, Selbstbestimmung oder Akklamation, 1972, S.110 ff, 206 m.w.N.; dies., Einführung, in: Der beschäftigte Mensch, S.77, zu Recht weist aber Brohm, VVDStRL 30 (1972), S.245 ff (281) darauf hin, daß der Verwaltung oft die Fähigkeit ermangelt, dem Bürger die Bedeutung seiner Beteiligung klarzumachen; ebenso Hollatz, Diskussionsbeitrag, in: Der aktive Bürger, S.50 f.

487) Das ist empirisch z.B. durch die Bürgerinitiativen belegt, vgl. nur Forsthoff, Strukturwandel der modernen Demokratie, 1964, S.15; Mayntz, Funktionen der Beteiligung, in: Demokratie und Verwaltung, S.341 ff (342 m.z.N.); ferner dazu Dienel, Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, in: Der aktive Bürger, S.16 ff (20 ff); Eckert, Politische Partizipation und Bürgerinitiative, in: Partizipation, S.30 ff; Nagel, Das ständige Gespräch unter den Bürgern, daselbst, S.174 ff; Bürgerinitiativen, Schritte zur Veränderung? hrsg. v. H.Grossmann, 1971, Fischer-Bücherei, Nr.1233; vgl. auch die Reaktion der Hamburger Bevölkerung auf die Auslegung der neuen Flächennutzungspläne: Es wurden 1200 Eingänge mit rd. 32000 Unterschriften gezählt, siehe dazu den Bericht von Guratzsch, Bürgerinitiativen: Kein Platz für rote Suppenköche, Die Welt v. 15.1.1972, Beilage S.1; zum selben Thema auch Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung, in: Forsthoff-Festschrift 1972, S.9 ff (29, 31 m.w.N.).

Maße. Darüberhinaus steht die Gefahrenabwehr im Gegensatz zur Planungstätigkeit, die von vornherein auf eine weitere Zeitdimension ausgerichtet ist, immer unter einem gewissen Zeitdruck. Diese besondere Situation und der ständige Wechsel der als betroffen zu Beteiligten verbietet es auch auf Ausschüsse⁴⁸⁸⁾ oder sonstige institutionalisierte Gremien zurückzugreifen, sondern erfordert ein spezifisches überwachungsbehördliches partizipatives Entscheidungsfindungsmodell.

II) Struktur des Entscheidungsverfahrens

Die von den Entscheidungsforschungen herausgestellten Stufen eines Entscheidungsvorgangs: 1. Problemformulierung, 2. Dokumentation und Aufstellung von Alternativen, 3. Abwägung und Beratung und 4. Beschluß, wurden bereits oben⁴⁸⁹⁾ erwähnt. An diese Stufung lehnt sich das hier zu entwickelnde Entscheidungsverfahren an. Auf jeder dieser Stufen ist eine spezifische Aufgabe zu erfüllen, die hier wiederum⁴⁹⁰⁾ im Zusammenhang mit dem Erlaß einer Verfügung aufgrund der Generalklausel herausgearbeitet wird. Die Erfüllung einer gesonderten Aufgabe auf jeder Stufe des Entscheidungsvorgangs ermöglicht eine stufenweise und phasendifferenzierte⁴⁹¹⁾ Zuordnung der rechtsstaatlichen Informations-, Anhörungs- und Vetorechte. Die der einzelnen Entscheidungsstufe zuzuordnende Partizipationsmodalität erfährt dabei eine dem Zweck und dem Anliegen

488) Vgl. dazu nur Canenbley, Die Zweckmäßigkeit der Verwendung von Ausschüssen in der Verwaltung. Schriften zur Verwaltungslehre, hrsg. von W.Thieme, Heft 2, 1968; Krämer, Selbstverwaltung, S.136 ff, der in den Ausschüssen vor allem ein Mittel der Kontrolle und Beratung sieht.

489) Vgl. oben S.177 f.

490) Auch hier ist für die Wahl dieses Beispielfalles lediglich die Bedeutung der Generalklausel und die Tatsache entscheidend, daß die Polizeiverfügung vielseitige Regelungen ermöglicht, vgl. v.Krauss, Grundsatz, S.69.

491) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (195).

der jeweiligen Entscheidungsstufe angemessene konkrete Ausgestaltung und verwirklicht dabei zugleich ihren spezifischen verfassungsrechtlichen Bezug.⁴⁹²⁾

1) Problemformulierung - 1. Stufe des Verfahrens

Die Tätigkeit der Überwachungsbehörden wird in aller Regel durch verwaltungsexterne Umweltgeschehnisse ausgelöst, die der Behörde entweder durch Kenntnissnahme der Amtswalter von Amts wegen bekannt oder durch Betroffene mitgeteilt werden. Der Verwaltung ist damit aufgegeben, den aufgetretenen Konflikt in irgendeiner Form zu lösen. Das weitere Vorgehen der Behörde ist dabei vom Ausmaß der Bedrohung oder Störung abhängig, also von der Art des Problems, das sich stellt, das zunächst bezeichnet werden muß.⁴⁹³⁾ Bereits in diesem Stadium des Verfahrens, also bevor die Behörde weitere Maßnahmen veranlaßt, insbesondere ihre eigenen Ermittlungen aufnimmt, setzt die Behörde die (belastend) Betroffenen davon in Kenntnis, daß sie beabsichtigt, eine Regelung bezüglich eines bestimmten Problems demnächst vorzunehmen. Diese Kundgabe dient dazu, den Betroffenen zu informieren und ihn vor Überraschungen durch hoheitliche Maßnahmen zu bewahren. Die Kundgabe verwirklicht den Grundsatz der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit für die Verwaltung und beläßt dem Bürger zunächst volle Entscheidungsfreiheit,⁴⁹⁴⁾ da es in seinen Händen liegt, bereits jetzt oder erst später auf die Ankündigung der Behörde zu reagieren.

492) Denn es ist von großer Bedeutung für die Ausgestaltung, ob sich z.B. die Anhörung aus dem Gebot der Beachtung der Menschenwürde oder dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder aus beiden Grundsätzen ergibt, dazu noch später.

493) Von der Qualität der Problemformulierung hängt die Entscheidungsqualität entscheidend ab, vgl. dazu Ellwein, Einführung, Bd.1, S.148; Weiss, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff (274).

494) Simitis, Informationskrise, S.49.

Bislang ist eine solche vorherige Ankündigung im Bereich der Überwachungsverwaltung nur als Androhung bei der Festsetzung von Zwangsmitteln geltendes Recht.⁴⁹⁵⁾ Sie ist dabei vor allem ein Mittel, dem Adressaten eine letzte Chance zur Abwendung des Zwangsmittels durch freiwillige Erfüllung des Verlangten einzuräumen.⁴⁹⁶⁾ Ist in diesen Fällen die Ankündigung wegen der Schwere des Eingriffs wünschenswert, so ist die hier dargelegte Form der Ankündigung im Anschluß an die Problemformulierung in Verbindung mit Androhung, Warnung, Belehrung und Aufforderung⁴⁹⁷⁾ für die Behörde eine Möglichkeit flexibler Reaktion auf Umweltstörungen, die besonders erfolgversprechend ist, weil die Behörde mit diesem schlicht-hoheitlichen Handeln der Maßnahme den obrigkeitlichen und Widerspruch herausfordernden Anstrich nimmt.

Während insoweit die in dieser Information liegende Ankündigung den Sinn hat, auf den Betroffenen erzieherisch und warnend einzuwirken, hat die in der Information ebenfalls liegende Aufklärung die Kundgabe der näheren Umstände des staatlichen Handelns zum Gegenstand. Diese frühzeitige Information des Betroffenen ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, daß der Betroffene zu einem späteren Zeitpunkt ihm zustehende oder gewährte Partizipationen optimal nutzen kann, sie ist insoweit immer dort geboten, wo dem Betroffenen weitergehende Beteiligungsrechte zustehen.⁴⁹⁸⁾ Die frühzeitige Information des Betroffenen ist

495) Vgl. §§ 13 VwVG; 55 II prPVG; 33 ba-wüPG; 17 breVwVerfG 18 hmbVwVG; 27, 29 hessSOG; 4 hessUZwG; 69 I Ziff.1 hessVwVollstrG; 37 ndsSOG; 62 nrwVwVG; 54 I rhpfPVG; 202, 294 LVerwGSchl-H.

496) Götz, Polizeirecht, S.151.

497) Die Behörde hat hier allein ihre Kompetenzschränken zu beachten, vgl. H.J.Wolff, VwR III, § 125 III b 1 (S.53); Warnung, Belehrung, Aufforderung spielen gerade im Straßenverkehrsrecht eine bedeutsame Rolle, vgl. v.Unruh, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 281 ff (285).

498) Die Pflicht der Behörde, die Anhörung rechtzeitig anzukündigen, ist unbestritten, vgl. nur z.B. BVerfG v. 13.2.1958, BVerfGE 7, 275 ff (279); v.11.5.1965, BVerfGE 19, 49 ff (51); v.25.10.1966, BVerfGE 20, 347 ff (348); ebenso OVG Lüneburg v.3.6.1971, DVBl.

zugleich ein Mittel, die Informationsflut in den Griff zu bekommen. Es wird besser, weil gezielter informiert⁴⁹⁹⁾ und zwar sowohl in Richtung auf die Behörde als auch in Richtung auf den Bürger.

Gegen eine möglichst frühzeitige bürgerschaftliche Partizipation in einem Entscheidungsvorgang werden verschiedentlich Einwände erhoben, auf die noch kurz eingegangen werden muß. Die folgenden Bedenken werden dabei geltend gemacht: Eine zu frühe Einschaltung der Betroffenen würde die Entscheidung der Verwaltung erschweren oder gänzlich unmöglich machen, weil einmal durch das Hinaustragen von Konflikten der Konfliktregelungsbedarf der Entscheidung erhöht wird,⁵⁰⁰⁾ zum anderen weil die Politisierung sozialer Beziehungen die Durchsetzung richtiger Entscheidungen verhindert⁵⁰¹⁾ und weil schließlich durch eine frühe Benennung der Partizipanten auch eine Vorentscheidung darüber fällt, welchen Inhalt die Entscheidung später haben wird.⁵⁰²⁾

Diese Einwände, sämtlich im Zusammenhang mit der Partizipation an Planungsvorgängen erhoben, stehen der hier entwickelten Konzeption einer Betroffenenbeteiligung nicht

noch 498) 1973, 505 ff (506); aus der Literatur Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr.94, 67 zu Art.103 I GG; ferner Krieger, Recht, S.170 f m.w.N.; Die Ankündigung muß natürlich den Gegenstand hinreichend genau bezeichnen, vgl. Dienel, Bürgerinitiative Und Selbstverwaltung, in: Der aktive Bürger, S.16 ff (28); siehe auch Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (234 f).

499) Landwehrmann, Informierende Verwaltung, in: Der Landkreis 1972, 398 f; zum Austausch von Informationen bereits in der Problemformulierungsphase Ellwein, Einführung, Bd.1, S.148; Weiss, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff (274).

500) Mayntz, Funktionen, S.348 ff; Scharpf, Die Verwaltung 1971, 1 ff (2 ff).

501) Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (153) m.N..

502) Thieme, Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik 1972, 68 ff (70); Scharpf, Die Verwaltung 1971, 1 ff (2 Anm.8).

entgegen, weil die angesprochenen Gefahren für die Überwachungsverwaltung nicht gelten. Die vom Rechtsstaatsprinzip gebotene Teilhabe muß effektiv sein, das heißt, echte Einflußnahme auf die Entscheidung gewähren. Eine spätere Anhörung erfordert deshalb eine vorgängige Information. Eine Präjudizierung des Ergebnisses durch die Auswahl der Partizipanten ist ausgeschlossen, weil alle Betroffenen teilhaben, und das Hineintragen von umfassenden sozialen Konflikten ist nur punktuell möglich und auch nur dort, wo rechtlich geschützte Interessen auf dem Spiel stehen. Schließlich ist die Verwaltung gut beraten, wenn sie gegenüber den Betroffenen möglichst früh ihren am Gemeinwohl orientierten Standpunkt deutlich macht, um für ihre Sache werbend tätig zu werden.⁵⁰³⁾

Die hier konzipierte Information des Betroffenen in der ersten Stufe des Entscheidungsverfahrens ist verfahrensrechtlich durch Aktenvermerk abzusichern. Dies ermöglicht nicht nur eine spätere Kontrolle. Die Akten sollen den Gang einer Entscheidungsfindung wiedergeben. Abschnittsweise Abschlußvermerke führen zu einer aussagefähigen Dokumentation des Verwaltungshandelns, da sie das Verwaltungshandeln für den Betroffenen durchsichtiger machen und ihm den Schutz eines geordnet ablaufenden Verfahrens gewährleisten und den tätigen Amtswalter zu Objektivität und Sachgerechtigkeit anhalten.⁵⁰⁴⁾

2) Datensammlung und Datengruppierung - 2.Stufe

Ist eine aufgetretene Umweltstörung als Gefahr oder Störung erkannt und als zu lösendes Problem bezeichnet, hat die Behörde eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts einzuleiten. Art und Weise der Gewinnung der Informationen sowie Ausmaß der erreichbaren Informationen bestimmen

503) Elmar Breuckmann, "Handelnde Verwaltung", in: Verwaltung, S.215 ff (224); Zudem werden dadurch mit der Partizipation verbundene Verzögerungen des Entscheidungsprozesses gering gehalten, vgl. Mitbestimmung im Unternehmen, Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drsks., VI/334, S.78 f.

504) Morstein Marx, Bürokratisierung und Leistungsordnung, in: Verwaltung, S.69 ff (82).

hier die Entscheidungsqualität. Dies wurde bereits ausführlich erörtert.⁵⁰⁵⁾ Auf diese der Verwaltung aufgrund der Untersuchungsmaxime obliegende Sachverhaltsfeststellung kann der Betroffene im Rahmen ihm zustehender Anhörungsrechte Einfluß nehmen. Hier wird die Bedeutung einer sich aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anhörung des Betroffenen deutlich. Der funktionale Bezug ist dabei weniger unmittelbar auf Rechtsschutz als auf die Herbeiführung richtigen und gerechten Verwaltungshandelns gerichtet. Von hier bestimmt sich auch der Zeitpunkt der Anhörung und macht die Bedeutung des Umstandes, aus welchem rechtsstaatlichen Grundsatz Anhörungsrecht und Anhörungsverpflichtung hergeleitet werden, für den Zeitpunkt der Anhörung deutlich. Während die aus dem Grundsatz der Menschenwürde hergeleitete Soll-Anhörung mehr rechtliches Gehör ist und einen Bezug zum Rechtsschutz hat und sie auch dann m.E. noch möglich ist, wenn die Entscheidung faktisch schon gefallen ist,⁵⁰⁶⁾ erfordert die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebotene Muß-Anhörung bei belastenden Akten oder abgelehnten Begünstigungen die Hinzuziehung des Betroffenen in der sachverhaltsermittelnden Phase. Die persönlichen Wertungen des Betroffenen sind unerlässlich für die Datengruppierungen und die Bereitstellung von Alternativen und können auch nicht zuverlässig durch leistungsfähigere Verfahren der Informationsgewinnung und -verarbeitung ausgeglichen werden.⁵⁰⁷⁾ Die Hinzuziehung des Betroffenen beeinflusst auch die Richtung der Sachver-

505) Vgl. oben S.141f; sowie noch Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung, S.245 ff (252); Kunze, Sachgerechtigkeit, in: Verwaltung, S.229 ff (235).

506) Eine Anhörung in dieser Gestalt hat insofern schon beinahe deshalb Rechtsmittelcharakter, als sie (nur) die Vermeidung grober Unbilligkeiten verhindern kann.

507) So Scharpf, Die Verwaltung 1971, 1 ff (18) zwar ausdrücklich nur für die Planung, jedoch gilt das ebenso für die Überwachungsverwaltung, denn auch hier ist die Beteiligung die einzige Möglichkeit, durch unmittelbare Interessenartikulation eine "Feineinstellung" zu erreichen.

haltsaufklärung, da der Betroffene für manchen Gesichtspunkt einer ihn betreffenden Entscheidung die einzige Informationsquelle⁵⁰⁸⁾ ist. Ein so ausgestaltetes Anhörungsrecht geht weit über das in § 21 EYwVerfG 1963 geregelte, allzusehr am Gedanken der Rechtsschutzgewährung angelehnte rechtliche Gehör hinaus und ist für den Betroffenen ein taugliches Instrument der Einflußnahme auf die hoheitliche Entscheidung.

Die Anhörung ist verfahrensrechtlich durch eine Koppelung mit der Aufklärungspflicht der Behörde abzusichern. Dafür bieten sich zwei Möglichkeiten an. Einmal kann in die Vorschriften über die Untersuchungsmaxime die Verpflichtung aufgenommen werden, daß dem Betroffenen eine Anhörung angeboten wird,⁵⁰⁹⁾ andererseits kann aber auch § 21 EVwVerfG 1963 entsprechend geändert werden.⁵¹⁰⁾

3) Datenselektion - 3.Stufe

Die sich an die Datensammlung anschließende Datenselektion durch wertende Abwägung ist identisch mit der herkömmlichen Aufgabe der Rechtsanwendung. Dies wird besonders deutlich bei der Anwendung der Grundsätze des Übermaßverbotes, mit deren Hilfe das "Ob" und das "Wie" des gefahrenabwehrenden Handelns zumindest annähernd bestimmt werden kann. Bürgerschaftliche Partizipation ist in dieser Phase der Entscheidungsfindung nur mittels der sich aus dem Prinzip der Erforderlichkeit ergebenden Abwendungsbefugnis möglich. Durch dieses Optionsrecht hat der Betroffene die Möglichkeit der Kontrolle darüber, ob die Behörde seine in der Anhörung vorgetragenen Wertungen akzeptiert hat. Darüberhinaus ist dieses "konstruktive Veto" für den Betroffenen ein die Verwaltung bindendes Regula-

508) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (246 f); König, DVBl.1959, 189 ff (192); Dienel, Die Verwaltung 1971, 151 ff (152).

509) In Abänderung der im derzeitigen Entwurf enthaltenen Kann-Vorschrift.

510) Dies ist im § 24 Entwurf VwVfG 1973 geschehen.

tivrecht. Mit Hilfe dieses Instrumentes ist der Betroffene in der Lage, das Vorgehen der Behörde gegen ihn zu individualisieren und so seine individuellen Wertungen zur Geltung zu bringen. Verfahrensrechtlich ist der Betroffene im Anhörungstermin auf die Optionsmöglichkeit hinzuweisen, und es ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, auch noch nach Abschluß der Anhörung seine Meinung geltend zu machen.

4) Beschluß - 4. Stufe

Partizipationsgebote, die dieser vierten Phase der Entscheidungsfindung zuzuordnen wären, können aus dem Rechtsstaatsprinzip nicht abgeleitet werden. Die hierin möglicherweise liegenden Nachteile werden aber dadurch relativiert, daß die stufenweise entwickelten Entscheidungen deutlich werden lassen, daß bei wachsender Komplexität des Entscheidungsproblems die Teilhabe an der Schlußentscheidung von stets geringer werdendem Interesse ist, da die Entscheidung tatsächlich bereits auf den Stufen der Entscheidungsvorbereitung gefallen ist⁵¹¹⁾ und ferner dadurch, daß für die Endentscheidung die Formulierung des Problems und die Sammlung der Informationen wichtiger ist, als der beschließende Schlußakt.⁵¹²⁾

511) Wie sehr hier die Entscheidungsvorbereitungen zu Sachzwängen für den Endbeschluß werden, schildert anschaulich Wagener, Teilhabe, S.106 zur Planentscheidung des Kabinetts über das Nordrhein-Westfalen Programm 1975: Die Planentscheidung im Kabinett war, (wegen Umfang und Komplexität des Programms), nur eine Schlußbilligung. Der Entscheidungsprozeß war im Bereich der meisten Programmabschnitte durch die mehr als ein Jahr lange Behandlung im Planungsstab, in den Ressorts und in vielen anderen Gremien und Institutionen bereits so weit fortgeschritten, daß man entweder zustimmen mußte oder das gesamte Programm hätte scheitern lassen müssen.

512) Ellwein, Einführung, Bd.1, S.148; Eindrucksvoll Weiss, VerwArch Bd.63 (1972), S.241 ff (251): "Wichtiger als die Wahl der richtigen Alternative ist die Wahl der richtigen Ziele. Die Wahl der falschen Alternative mag bedeuten, daß eine zweitbeste Lösung realisiert wurde. Die Wahl der falschen Ziele heißt aber, daß das falsche Problem gelöst wurde." Kritisch zu diesem linearen Entscheidungstheorem Lutterbeck, Bemerkungen, S.192.

C) Verfahrensfehler und gerichtliche Kontrolle von partizipativen Entscheidungen

Bei der hier dargestellten phasenweisen Entscheidungsfindung, die verfahrensrechtlich abgesichert ist, stellt sich in besonderem Maße das Problem, welche Folgen Verfahrensfehler für den Bestand der Entscheidung haben. Daneben ist weiterhin von Bedeutung, unter welchen Voraussetzungen Entscheidungen angefochten werden können, die in partizipativen Verfahren gewonnen wurden. Mit beiden Problemkreisen ist das Verhältnis von Verwaltung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit angesprochen, das bei Berücksichtigung von entscheidungstheoretischen Erkenntnissen eine Modifizierung erhält.

I) Verfahrensfehler und Bestandskraft der Entscheidung

Die Frage, welche Folgen eine unterbliebene Beteiligung oder ein anderer Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift hat, ist heftig umstritten.⁵¹³⁾

Ausgangspunkt für die Beantwortung ist die Reichweite eines eventuellen subjektiven öffentlichen Rechts des Betroffenen auf Einhaltung der Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts. Ob ein solches subjektives Recht besteht, hängt davon ab, ob man die Verfahrensvorschriften als bloß objektives Recht ansieht, das nicht dem Individualinteresse des Bürgers zu dienen bestimmt ist oder nicht.⁵¹⁴⁾ Während nur vereinzelt vertreten wird, daß Verfahrensvorschriften grundsätzlich keine subjektiven Rechte begründen,⁵¹⁵⁾ stellt die Rechtsprechung bei der

513) Umstritten sind die Folgen von Verfahrensfehlern nur beim VA. Unstreitig hat bei Gesetzen, Verordnungen oder Satzungen das Fehlen von rechtlich zwingenden Beteiligungen die Nichtigkeit der Norm zur Folge, vgl. dazu H.J. Wolff, VwR I, § 77 V a 1 (S. 109); BVerwG v. 15.12.1969, DVBl. 1970, 417; VGH Kassel v. 15.3.1968, DVBl. 1968, 948.

514) Denn auch dann, wenn man mit dem BVerfG (seit der Entscheidung v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff (36 ff)) annimmt, daß jeder rechtswidrige Eingriff die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt, ist Art. 2 I GG kein Grundrecht zur Beanstandung objektiver Gesetzeswidrigkeiten, da eben auch Art. 2 I GG immer nur dann

Beurteilung ganz auf den Einzelfall ab.⁵¹⁶⁾ Insoweit nimmt sie Anfechtbarkeit der Verwaltungsentscheidung bei der Verletzung der Grundsätze über die Anhörung des Betroffenen im Verwaltungsverfahren an, da deren Charakter als subjektiv-öffentliches Recht anerkannt ist.⁵¹⁷⁾ Hinsichtlich Verfahrensverstößen bei gesetzlich vorgeschriebenen Mitwirkungen und Abstimmungen von mehreren Behörden differenziert die Rechtsprechung nach dem Schutzzweck der Verfahrensvorschrift und kommt hier entweder zur Aufhebbarkeit der Verwaltungsakte⁵¹⁸⁾ oder zur Unbeachtlichkeit des Verfahrensverstößes.⁵¹⁹⁾ Im Schrifttum wird nachdrücklich die Ansicht vertreten, daß die Verletzung von Verfahrensverstößen vom Verletzten gerügt

noch 514) beeinträchtigt ist, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, vgl. dazu Bartlspenger, Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl. 1970, 30 ff (31).

noch 515) Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S.65.

516) BVerwG v.29.3.1966, DVBl. 1966, 686 ff (689); v.6.12.1967, BVerwGE 28, 268 ff (270 f); v.13.6.1969, DVBl. 1970, 60 f; OVG Lüneburg v.25.11.1965, DVBl. 1966, 275 ff (278).

517) Vgl. dazu BVerwG v.28.8.1964, BVerwGE 19, 216 ff (219) = BayVBl. 1968, 68 f; v.22.10.1964, DÖV 1965, 76 ff = ZBR 1965, 151 f; ferner OVG Berlin v.2.10.1951, AS 1, 135 ff (137); VGH Bebenhausen v.30.5.1956, VerwRspr 9 (1957), S.663 ff (664); OVG Münster v.18.6.1958, VerwRspr. 11 (1959), S.419 ff (433 f); VGH Kassel v.13.5.1956, NJW 1956, 1940; zustimmend Forsthoff, VwR I, S.228 f.

518) So bei der Nichtanhörung der Hauptfürsorgestelle bei der vorzeitigen Versetzung eines Schwerbeschädigten in den Ruhestand, vgl. BVerwG v.8.7.1959, BVerwGE 9, 69 ff (70 f) = DVBl. 1959, 747 f = DÖV 1960, 271 f; ähnlich v.8.2.1967, BVerwGE 26, 145 ff (147).

519) BVerwG v.29.3.1966, DVBl. 1966, 686 ff (689); v.6.12.1967, BVerwGE 28, 268 ff (270 f) = DVBl. 1968, 651; v.13.6.1969, DVBl. 1970, 60 f; v.11.12.1970, VRS 1971 (Bd.40), S.315 ff (318) zur Weisung nach § 18 IV BFernStrG; vgl. auch v.14.2.1971, DVBl. 1971, 415 f (416) = DÖV 1971, 490 f (491) zu § 6 LuftVG; ferner OVG Koblenz v.12.12.1963, DVBl. 1964, 538 ff (539); v.12.12.1963, DÖV 1964, 745 ff (747); VGH Ba-Wü v.10.3.1966, ESVGH 16, 118 ff (123).

werden kann und zur Aufhebung des Verwaltungsaktes führt. Zur Begründung verweist insbesondere Ule⁵²⁰⁾ darauf, daß nur die drohende Sanktion der Aufhebung der Verwaltungsentscheidung die Behörde zur Beachtung der Verfahrensvorschriften anhält, während von anderer Seite⁵²¹⁾ darauf verwiesen wird, daß die Verfahrensvorschriften dem Zweck einer umfassenden Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts sowie einer richtigen Rechtskenntnis, namentlich bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und bei Ermessensentscheidungen dienen. Gemessen daran bringt der EVwVerfG 1963⁵²²⁾ eine Verschlechterung der Regelung der Folgen von Verfahrensfehlern insoweit mit sich, als in § 36 bestimmt ist, daß die Aufhebung von V~~A~~en, die unter Verletzung von Verfahrensregeln zustandegekommen sind, dann nicht möglich ist, wenn eine andere Entscheidung nicht hätte getroffen werden können oder angenommen werden kann, daß der Verfahrensfehler die

520) Ule, Verwaltungsreform, S.71, 73; Ule-Becker, Verwaltungsverfahren, S.54.

521) Bachof, Verfassungsrecht, S.265; Friauf, DÖV 1961, 666 ff (669); Groschupf, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl.1962, 627 ff (632); Kienappel, Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungsakte nach dem Bundesbaugesetz und Bundesfernstraßengesetz, DÖV 1963, 96 ff (98 f); Kopp, VerwArch Bd.61 (1970), S.219 ff (242 f); ders., Verfassungsrecht, S.94 ff, 166 ff; Mayer, Verwaltungsrecht, S.70; Menger, Rechtsprechung, VerwArch 56 (1965), S.190 ff (191); ders., System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S.28 f; Menger-Erichsen, VerwArch Bd.60 (1969), S.179; Obermayer, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S.195; Ossenbühl, Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1964, 511 ff (515 ff).

522) Diese Regelung ist unverändert durch § 42 Entwurf VwVfG 1973 übernommen. Kritisch zu dieser Vorschrift äußert sich Haueisen, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt, DÖV 1973, 653 ff (657).

Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat.⁵²³⁾

Eine solche Regelung der Verfahrensfehler geht noch ausschließlich vom dezisionistischen Entscheidungsbegriff aus und läßt jede entscheidungstheoretische Erkenntnis über das Zustandekommen und das Wesen der Entscheidung als Informationsverarbeitungsprozeß unberücksichtigt. Entgegen der Ansicht der Verfasser des Entwurfs kann weder vorausschauend noch rückschauend eindeutig gesagt werden, welchen Einfluß die Beteiligung der Betroffenen auf die Entscheidung ausgeübt haben würde, da vorausschauend niemand das Problem in seiner Komplexität überschauen und rückwirkend nicht gesagt werden kann, ob die Behörde nicht z.B. bei Anhörung des Betroffenen eine erweiterte Informationsbasis gehabt haben würde,⁵²⁴⁾ die sie zur Wahl einer anderen Handlungsalternative bestimmt hätte.⁵²⁵⁾ Die in § 36 EVwVerfG 1963 und entsprechend § 42 Entwurf VwVfG 1973 vorgesehene Beurteilung der Verfahrensfehler vom Ergebnis her⁵²⁶⁾ läßt unberücksichtigt,

-
- 523) Eine solche Frage kann das VG nur dann beantworten, wenn es sich an die Stelle der Verwaltung setzt und z.B. deren Ermessensentscheidung nachvollzieht, so richtig Ule, Verwaltungsreform, S.75; ebenso Hauelsen, DÖV 1973, 653 ff (657).
- 524) Zutreffend weist Groschupf, DVBl.1962, 627 ff (632 f) darauf hin, daß im gerichtlichen Verfahren eine Revision immer schon dann zulässig ist, wenn die Entscheidung auf dem Verfahrensmangel beruhen kann (§ 132 II 3 VwGO), also immer dann, wenn nur die Möglichkeit einer anderen Entscheidung gegeben ist.
- 525) Richtig ist deshalb die Entscheidung des BVerwG vom 8. Juli 1959, BVerwGE 9, 69 (70 f) = DÖV 1960, 227 f, die eine ohne Anhörung ergangene Entscheidung aufhebt, gerade auch in dem Fall, daß der Verfahrensverstoß keinen Einfluß auf den festgestellten Sachverhalt hatte, vgl. zu einem ähnlichen Fall auch BVerwG v. 8.2.1967, BVerwGE 26, 145 ff (147); vgl. aber auch die engegesetzten Entscheidungen v.29.3.1966, BVerwGE 24, 23 ff (32); v.10.4.1968, BVerwGE 29, 282 ff (283 ff) sowie vom 20.4.1972, Az.VIII C 55.68 (unveröffentlicht).
- 526) Die möglicherweise (nachträglich festgestellte) Richtigkeit einer Entscheidung kann einen Verfahrensfehler nicht überspielen, da die Richtigkeit einer Entscheidung sowohl die Übereinstimmung mit dem materiellen Recht als auch die Einhaltung des Verfahrensrechts beinhaltet.

daß das Verfahren der Entscheidungsfindung die Entscheidungsqualität bestimmt und diese aus der Vergangenheit vom Ergebnis her nicht geprüft werden kann.⁵²⁷⁾ Die Regelungen der § 36 EVwVerfG und § 42 Entwurf VwVfG 1973 lassen sich deshalb auch nicht mit einem Hinweis auf die Verwaltungsökonomie und darauf aufrechterhalten, daß Verfahrensvorschriften kein Selbstzweck sind.⁵²⁸⁾ Gerade bei den im Bereich der Überwachungsverwaltung vorherrschenden Ermessensbetätigungen und der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe erlangt die Verwaltung die zur Entscheidungsfindung unerläßlichen Bewertungsmaßstäbe, Informationen und Handlungsalternativen vor allem von den Betroffenen.⁵²⁹⁾ Die Verfahrensvorschriften dienen gerade dadurch, daß sie die Geltendmachung von Rechten und Pflichten ordnen und gewährleisten, der Verwirklichung des materiellen Rechts und zwar gerade im Interesse des Betroffenen. Die entscheidungstheoretische Erkenntnis vom streng formal, durch Verfahrensvorschriften geregelten, Entscheidungsverfahren erfordert deshalb die Aufhebung von Entscheidungen, die ohne die gesetzlich vorgesehene verfahrensrechtliche Beteiligung des Betroffenen ergangen sind.

527) Unrichtig ist es deshalb auch, wenn Dagtoglou, Der Private, S.113 die Folgen der Unterlassung der Mitwirkung von Privaten davon abhängig macht, ob das Gutachten des Organs obligatorisch oder nicht obligatorisch, bindend oder nicht bindend ist, da jedes Gutachten die konkrete Entscheidung beeinflusst. Allerdings bejaht Dagtoglou zu Recht im Ergebnis die Aufhebung der Entscheidung bei fehlendem (S.114) und fehlerhaftem (S.117) Gutachten.

528) Einzelbegründung zu §§ 35, 36 EVwVerfG 1963, S.158.

529) Für Ermessensentscheidungen trägt diesen Erkenntnissen schon die Rechtsprechung Rechnung, wenn sie eine Nachholung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsstreitverfahren ablehnt, da die Abwägung des Für und Wider bei der Ermessensentscheidung nur von der Behörde vorgenommen werden kann, vgl. BVerwG v.1.10.1963, DVBl.1965, 26 ff (28); v.14.2.1969, BayVB1.1969, 245.

II) Ausmaß gerichtlicher Überprüfung von im partizipativen Verfahren hergestellten Entscheidungen

Ausgangspunkt ist auch hier, daß die tatsächlich und rechtlich mögliche Vielgestaltigkeit eines komplexen Lösungsproblems insbesondere im Rechtsfindungs- und Rechtsanwendungsverfahren, also im Entscheidungsverfahren, aufgefangen werden kann. Das Verfahren schafft hier die rechtsstaatliche Bindung für das Verwaltungshandeln.⁵³⁰⁾ Diese verfahrensrechtliche Durchformung eines Entscheidungsfindungsverfahrens eröffnet der Gerichtsbarkeit erweiterte Kontrollmöglichkeiten. Allerdings endet dort, wo Wertungen und Sachverhaltskomplexität nur eine Entscheidung zulassen, von deren Richtigkeit der Entscheidende bestenfalls überzeugt sein kann, weil sich das Problem nicht eindeutig verifizieren läßt, die uneingeschränkte Kontrollbefugnis der Rechtsprechung und es beginnt der Bereich der unvertretbaren Entscheidungen. Aufgrund der subjektiven Wertungen können hier Verwaltung und überprüfende Gerichtsbarkeit zu verschiedenen, dennoch aber richtigen, weil vertretbaren Entscheidungen gelangen.⁵³¹⁾ Es geht dann im Verhältnis von Verwaltung und Gerichtsbarkeit nur darum, wem in einem solchen Fall der Nichteindeutigkeit die Letztentscheidungsbefugnis zusteht.

Diese Frage ist im Hinblick auf den behördlichen Beurteilungsspielraum bereits des öfteren diskutiert worden.

Zweifelhaft erscheinen dabei allerdings die Versuche, dieses Verhältnis vom Gewaltenteilungsprinzip her zu lösen, mit der Forderung, die Gerichte dürften nicht in den Verantwortungsbereich der Verwaltung "hineinregieren".⁵³²⁾

Dem Prinzip der Gewaltenteilung kann nicht der Gedanke entnommen werden, daß die Alleinzuständigkeit der Verwal-

530) Redeker, Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVBl.1971, 369 ff (372).

531) Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.123; sowie oben S.

532) Ossenbühl, DÖV 1968, 621 ff (626 f); vgl. auch Kopp, Verfassungsrecht, S.234 ff.

tung dort gegeben ist, wo eine rechtliche Mehrdeutigkeit festzustellen ist. Im Bereich der Rechtsanwendung besteht nämlich grundsätzlich zwischen vollziehender und rechtsprechender Gewalt keine Koordination, sondern Subordination der Verwaltung,⁵³³⁾ denn immer kann das Gericht die Entscheidung wenigstens nach § 114 VwGO überprüfen.⁵³⁴⁾

Aus dem gleichen Grund, nämlich dem sich aus Art.19 Abs.4 GG ergebenden grundsätzlichen Vorrang der Rechtsprechung vor der Verwaltung, gehen auch die Versuche fehl, aus der direkteren demokratischen Legitimation der Verwaltung einen Vorrang der Verwaltung in den Fällen der Mehrdeutigkeit herzuleiten.⁵³⁵⁾

Richtiger erscheint es, darauf abzustellen, in welchem Verfahren und unter Beteiligung welcher Personen die Entscheidung gewonnen wurde, also ob das Verfahren der Verwaltung oder die Rechtsfindung durch das Gericht eine höhere Garantie der Richtigkeit bietet. Diesen Weg hat auch das BVerwG in seiner bereits erwähnten Entscheidung zum Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle nach dem Gesetz gegen jugendgefährdende Schriften beschränkt.⁵³⁶⁾ Der Bundesprüfstelle wurde in dieser Entscheidung der lange versagte Beurteilungsspielraum insbesondere mit Rücksicht darauf eingeräumt, daß die Entscheidung in einem rechtlich geordneten Verfahren durch ein pluralistisch besetztes Organ gesellschaftlicher Repräsentanz gefällt wurde.⁵³⁷⁾

533) Jesch, AöR 82, (1957), S.163 ff (244 ff).

534) Nämlich, ob die Behörde von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze verstoßen hat, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sachfremde Erwägungen angestellt hat, vgl. dazu Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S.27 f; BVerwG v.24.4.1959, BVerwGE 8, 272 ff (274); v.12.1.1967, BVerwGE 26, 8 ff (11).

535) Zippelius, Einführung, S.115; Scharpf, Kosten, S.49 m.w.N.; vgl. auch Redeker, DVBl.1971, 369 ff (372).

536) BVerwG v.16.12.1971, BVerwGE 39, 197 ff = NJW 1972, 388 ff weitere Fundstellennachweise dazu oben S.105.

537) BVerwGE 39, 197 ff (203 f).

Nun wird man die zu einer Entscheidung eines Sachverständigengremiums aufgestellten Grundsätze nicht uneingeschränkt auf ein Entscheidungsfindungsverfahren der Verwaltung unter Beteiligung des Betroffenen übertragen können. Die Entscheidungen eines Sachverständigenorgans erfordern stets eine gesonderte Behandlung.⁵³⁸⁾ Denn während dort die Beschränkung der Überprüfung insbesondere wegen des vermuteten Sachverständes und der gesellschaftlichen Repräsentanz gerechtfertigt ist, nimmt hier der Betroffene eigene Rechte wahr. Beiden Fällen gemeinsam ist aber die verfahrensrechtliche Absicherung der Entscheidungsfindung. Zunächst ist klarzustellen, daß dem Betroffenen bei der Anrufung des Gerichts gegen eine im partizipativen Verfahren gewonnene Entscheidung nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, weil er die Möglichkeit hatte, seine Vorstellungen im Verwaltungsverfahren zur Geltung zu bringen. Obwohl eine Beteiligung im Verwaltungsverfahren nicht beziehungslos neben dem gerichtlichen Rechtsschutz steht,⁵³⁹⁾ wäre eine präklusivische Wirkung der Beteiligung mit der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar. Jedoch scheint eine Art Selbstbescheidung der Rechtsprechung auf die Prüfung der Einhaltung des geordneten Verfahrens durch die Verwaltung im Widerstreit von Kontrollpflicht gerichtlichen Rechtsschutzes und mehreren möglichen (vertretbaren) Entscheidungen der einzige Ausweg jedenfalls dann zu sein, wenn die Entscheidung Ergebnis eines oben skizzierten Verfahrens unter Beteiligung

538) Vgl. dazu ausführlich Bartlspenger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, 360 ff (367) m.z.N.; Die Argumentation des BVerwG in der Entscheidung vom 16.12.1971 machte sich bereits das VG Berlin in seiner Entscheidung v. 25.10. 1972, NJW 1973, 1148 ff (1149) über die nach § 9 I FilmförderungsgG notwendige Frage zu eigen, ob ein Film ein guter Unterhaltungsfilm sei.

539) So hat das BVerwG in seiner Entscheidung vom 21.2.1973, DÖV 1973, 342 ff (343) = DVBl. 1973, 448 ff (449 f), die Revision erfolglos gebliebener Klagen gegen den Erlaß einer luftverkehrsrechtlichen Genehmigung nach § 6 LuftverfG nicht zugelassen. Die vorbeugenden Klagen und die Nichtzulassungsbeschwerde blieben vor allem deshalb erfolglos, "weil die Gemeinden schon im Verwaltungsverfahren (Planungsverfahren) die Gelegenheit haben würden, ihre Rechte zu wahren und es

des Betroffenen ist. Kann der Betroffene darüberhinaus⁵⁴⁰⁾ nicht plausibel geltend machen, daß die Verwaltung seine Interessen im Entscheidungsprozeß nicht zutreffend berücksichtigt hat,⁵⁴¹⁾ fehlt es ihm an der gemäß § 42 Abs.2 VwGO erforderlichen Klagebefugnis. Eine dergestalt aktualisierte Vertretbarkeitslehre⁵⁴²⁾ würde u.a. auch zu einer spürbaren Entlastung der Verwaltungsgerichte führen.

noch 539) ihnen deshalb zuzumuten sei, den Planfeststellungsbeschluß abzuwarten". Dazu kritisch Blümel, Raumordnung und kommunale Selbstverwaltung, DVBl. 1973, 436 ff, vgl. ferner auch BVerwG v.10.4.1968, BVerwGE 29, 282 ff (284 f).

540) Abgesehen von den anderen; auf S. 200 genannten Prüfungsmaßstäben.

541) Hier gewinnt die Frage der Begründung von Verwaltungsentscheidungen Gewicht, vgl. dazu Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, RdNr.50 zu Art.19 IV GG; Kopp, Verfassungsrecht, S.47 ff, 90 ff, 178 f; Luhmann, Legitimation, S.214 f; Rupp, nochmals: Zur Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, ZRP 1971, 233 f; Schick, Notwendigkeit und Funktion der Begründung bei Verwaltungsakten, JuS 1971, 1 ff; Spanner, JZ 1970, 671 ff (673); Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S.83; ders., VerwArch Bd.62 (1971), S.114 ff (129 ff); ders., Verwaltungsreform, S.69 ff; BVerfG v.16.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff (44); BVerwG v.7.11.1958, VerwRspr Bd.11 (1959), S.879; v.14.10.1965, DÖV 1966, 137 f; v.14.12.1970, DÖV 1971, 746 = ZBR 1971, 246; v.15.6.1971, DÖV 1971, 744 ff; VG Kassel v.3.2.1970, ZBR 1970, 124; VG Würzburg v.12.1.1972, BayVBl.1972, 221.

542) Ule, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.309 ff.

4. Kapitel: Schluß und zusammenfassende Thesen

Der hier unternommene Versuch, fehlende und durch Gesetz und Rechtsgrundsätze nicht erreichbare Determination des Handelns von Überwachungsbehörden durch dem Rechtsstaatsprinzip zuzuordnende Mitwirkung des Betroffenen in einem kooperativen Entscheidungsfindungsverfahren aufzufüllen, sollte hinreichend bewiesen haben, daß bürgerschaftliche Partizipation ein brauchbares Mittel ist, das Handeln der Verwaltung am individuellen Maß (aus der Sicht des Betroffenen) und seiner subjektiven Rechte zu orientieren und damit in hohem Maße geeignet ist, die sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Verpflichtung der Bindung an Recht und Gesetz zu erfüllen. Ein anderer Zweck wurde mit der Arbeit nicht verfolgt.

Ob der heutige Staat angesichts der Entfremdung von Bürger und Staat den Bürger durch Beteiligung an der Verwaltung "zurückgewinnen" will oder ob er die Bürgerbeteiligung einer höheren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit opfern soll, ist zweifellos eine politische Frage,¹⁾ wobei durchaus fraglich ist, ob tatsächlich hinsichtlich beider Alternativen volle Entscheidungsfreiheit besteht. Die Ergebnisse zeigen, daß eine Betroffenenbeteiligung, die das Rechtsstaatsprinzip verwirklicht, nicht notwendig die Realitäten des Verwaltungslebens aus dem Auge verlieren muß.

Es wird durchaus aber auch nicht verkannt, daß die Untersuchung zwangsläufig einseitig um Rechtsstaatsverwirklichung bemüht ist und dabei die Effektivierung anderer Verfassungsprinzipien, insbesondere das Prinzip von der leistungsfähigen Verwaltung nur punktuell berücksichtigt wurde. Zweifellos müssen die hier herausgearbeiteten Ergebnisse unter Hinzuziehung der genannten Grundsätze korrigiert und relativiert werden, in welchem Ausmaß war hier allerdings nicht zu untersuchen. Hüten muß man sich

1) Püttner, Neubau der Verwaltung, Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Frido Wagener, Die Verwaltung 1971, 98 ff (104); Offen bleibt dabei allerdings, anhand welcher Kriterien die Leistungsfähigkeit der Verwaltung zu ermitteln ist, vgl. dazu oben S. 101 f.

dabei aber vor allem vor starren Formen und Gleichungen, denn rechtsstaatliche Minimalpartizipationen sind keinesfalls stets schon sozialstaatliche und leistungsmäßige Maximalpartizipationen, nur ein behutsames Abwägen ist hier problemgerecht.²⁾

Zusammenfassende Thesen

I) Partizipationsmodalitäten

- 1) Partizipation beinhaltet eine formelle, verfahrensrechtliche Komponente sowie eine materielle, die auf eine inhaltliche Beeinflussung des Verwaltungshandelns gerichtet ist.
- 2) Erforderlich sind Legaldefinitionen der Partizipationsformen, um eine gleichmäßige Anwendung zu sichern und eine Bereinigung der Partizipationen herbeizuführen.
- 3) Dem Rechtsstaatsprinzip sind eine Fülle von Partizipationen zuzuordnen, die einerseits der Behörde die Möglichkeit differenzierender Einwirkung auf den Bürger geben und andererseits dem betroffenen Bürger ein vielfältiges Instrumentarium der Einflußnahme auf das Verwaltungshandeln einräumen.
- 4) Das Handeln der Überwachungsbehörden wird weder durch Gesetze, noch durch allgemeine Rechtsgrundsätze hinreichend determiniert. Die Entscheidungsunsicherheit und das Bewertungsdefizit der Verwaltung ist durch ein kooperatives Entscheidungsfindungsverfahren aufzufangen.
- 5) Die den Postulaten des Rechtsstaatsprinzips zuzuordnenden rechtserweiternde Partizipationsmodalitäten:
 - a) Allgemeine und besondere Informationsrechte des Betroffenen ergeben sich aus Art.3 I und 6 II GG und dem Grundsatz der Berechenbarkeit.

2) Die verschiedenen Erscheinungsformen der Partizipation stehen untereinander im Verhältnis der Zuordnung, vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S.179 ff (257 f).

- b) Der Grundsatz der Menschenwürde des Art.1 Abs.1 GG und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemäß Art.20 Abs.3 GG verpflichtet zur Anhörung des Betroffenen im Regelfall.
 - c) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet zur grundsätzlichen Anhörung des Betroffenen.
 - d) Der Grundsatz der Erforderlichkeit beinhaltet über die normativen Regelungen hinaus das Recht des Betroffenen, ein anderes geeignetes Mittel anzubieten. Der Betroffene muß jeweils über dieses Recht aufgeklärt werden.
- 6) Die den Postulaten des Rechtsstaatsprinzips zuzuordnenden rechtsbegrenzenden Partizipationsmodalitäten:
- a) Bei Maßnahmen, deren Eil- und Geheimhaltungsbedürftigkeit verfassungsrechtlich legitimiert ist, sind vorläufige Partizipationen ausgeschlossen, jedoch bei berechtigtem Interesse nachzuholen.
 - b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine verfassungsrechtliche Partizipationsbegrenzung.
 - c) Art.19 Abs.4 GG steht einer Ausweitung der rechtsstaatsverwirklichenden bürgerschaftlichen Partizipation nicht entgegen.
 - d) Die oben unter 5) genannten Partizipationsformen führen nicht zur Auflösung der von Art.34 GG gebotenen Bindung von Entscheidungsträger und Entscheidungsverantwortlichkeit.
 - e) Der Grundsatz der Befangenheit wird hinsichtlich der rechtsstaatlichen Betroffenenbeteiligung nicht relevant.

II) Entscheidungsfindungsverfahren

- 1) Die Entwicklung eines Verfahrens, das bürgerschaftliche Beteiligung effektiv werden läßt, ist noch nicht gelungen. Nur die verfahrensmäßige Absicherung gewährleistet eine wirksame Beteiligung.
- 2) Ein Entscheidungsfindungsverfahren muß die neueren entscheidungstheoretischen Forschungsergebnisse berücksichtigen.

tigen. Es handelt sich hier vor allem um eine Rezeption der Erkenntnisse zum Entscheidungsprozeß.

- 3) Der Entscheidungsprozeß eröffnet die Möglichkeit einer phasendifferenzierenden Betrachtung. Die vier Hauptphasen sind: 1. Problemformulierung; 2. Dokumentation und Aufstellung von Alternativen; 3. Abwägung und Beratung; 4. Beschluß.
- 4) Diese Phasen müssen verfahrensrechtlich abgesichert werden, damit in jeder Situation der Entscheidung die beiderseitige Verantwortung und Kooperation von Bürger und Verwaltung gegenwärtig ist. Die Absicherung erfolgt im einzelnen so:
 - a) Die vorgängige Information des Betroffenen in der Problemformulierungsphase ist aktenmäßig durch einen Informationsvermerk zu kennzeichnen.
 - b) Ein Ermittlungsschlußvermerk schließt die Phase 2 ab.
 - c) Die Mitwirkung des Betroffenen an der Auswahl der relevanten Alternativen ist durch Hinweis auf die Abwendungsbefugnis möglich zu machen.
- 5) Verfahrensfehler führen grundsätzlich zur Anfechtbarkeit der Entscheidung.
- 6) Im partizipativen Verfahren unter Beteiligung des Betroffenen gewonnene Entscheidungen sind gerichtlich nur auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen.

Lebenslauf

Ich wurde am 5. Juni 1942 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Kurt Hanisch und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Großpietsch, in Frankenstein in Schlesien geboren. Nachdem wir 1946 unsere Heimat verlassen mußten, wurden wir in Oldenburg in Niedersachsen sesshaft. Hier besuchte ich die Volks- und Mittelschule bis zur Mittleren Reife. Die sich anschließende Lehre als Lochkartentabellierer beendete ich im Frühjahr 1962 mit der Gehilfenprüfung. Ab 1962 besuchte ich neben meiner beruflichen Tätigkeit das Abendgymnasium in Oldenburg und legte im März 1966 die Reifeprüfung ab. Mit dem Sommersemester 1966 begann ich mein Jurastudium an der Philipps-Universität in Marburg. Zum Wintersemester 1968/69 wechselte ich an die Westfälische-Wilhelms-Universität in Münster. Am 27.3.1971 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die 1. juristische Staatsprüfung ab. Anfang Mai 1971 trat ich im Landgerichtsbezirk Gießen den juristischen Vorbereitungsdienst an. Nach Unterbrechung des Vorbereitungsdienstes war ich ab Dezember 1971 bis Ende Mai 1973 als wissenschaftlicher Assistent bei Professor Dr. Walter Schmitt Glaeser am Institut für Öffentliches Recht der Marburger Philipps-Universität tätig. Anfang Juni 1973 setzte ich den Vorbereitungsdienst fort und befinde mich derzeit im Rahmen der Pflichtwahlstation zur Ausbildung beim Verwaltungsgericht in Kassel.

